

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Volume 32 – Numéro 1

Année : 2001-2002

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12325>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12325>

Page vide laissée intentionnellement.

DE L'EXPERTISE « FORENSIQUE » ET DE LA DÉCISION JUDICIAIRE : DOMAINES FERTILES POUR UN EFFORT DE COMPRÉHENSION ET DE COHÉRENCE.....	1
Par Pierre PATENAUDE	
LA RESPONSABILITÉ CIVILE POUR LA FAUTE DE LA SAGE-FEMME : DES PROJETS-PILOTES À LA LÉGALISATION.....	59
Par Caroline SIMARD	
FROM PRESUMPTIONS OF FACT TO PRESUMPTIONS OF CAUSATION: REFLECTIONS ON THE PERILS OF JUDGE-MADE RULES IN QUEBEC MEDICAL MALPRACTICE LAW	213
Par Robert P. KOURI	

Page vide laissée intentionnellement.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : DE L'EXPERTISE « FORENSIQUE » ET DE LA DÉCISION JUDICIAIRE :
DOMAINES FERTILES POUR UN EFFORT DE COMPRÉHENSION ET DE
COHÉRENCE

Auteur(s) : Pierre PATENAUDE

Revue : RDUS, 2001-2002, volume 32, numéro 1

Pages : 1-58

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12322>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12322>

Page vide laissée intentionnellement.

DE L'EXPERTISE «FORENSIQUE»^{*} ET DE LA DÉCISION JUDICIAIRE : DOMAINES FERTILES POUR UN EFFORT DE COMPRÉHENSION ET DE COHÉRENCE

par Pierre PATENAUDE^{**}

Attention à la crédulité face à la preuve d'expertise : le juriste, juge ou avocat, doit avoir une connaissance suffisante de la science pour, lorsque confronté à une expertise, poser les questions pertinentes s'il est procureur ou encore exercer son rôle de gardien quant à l'admissibilité s'il est juge. L'expert «forensique», quant à lui doit s'ouvrir à la réalité juridique et comprendre que la culture juridique est distincte de celle des sciences expérimentales, qu'en conséquence, les conclusions du juge peuvent parfois différer de celles de l'expert. Le présent article est un appel aux juristes et aux experts à s'ouvrir à la réalité de l'autre et pour ce, à prendre connaissance des savoirs propres à chacun.

Blind credulity must be avoided when one is confronted by expert evidence. Attorneys must possess sufficient scientific knowledge so as to be in a position to address pertinent questions to expert witnesses and judges must be able to decide as to the admissibility of expert opinions. Likewise, forensic experts must adjust to legal realities and understand that the science of law diverges greatly from the experimental sciences. As a result, a judge's conclusions may, on occasion, differ from those of an expert. The present article constitutes an appeal to both jurists and experts to approach each other's reality with an open mind.

*. Forensique provient du mot latin *forensi* signifiant «du forum», c'est-à-dire de l'endroit, dans la Rome antique, où se tenaient les débats politiques ainsi que les procès. Plusieurs optent pour l'expression «sciences judiciaires», ainsi les laboratoires de police scientifique du Québec portent le nom *Laboratoire d'expertises judiciaires et de médecine légale*. Mais nous sommes d'avis que les experts en sciences judiciaires sont d'abord les juges et les juristes. En Suisse, on préfère l'expression «criminalistique appliquée». Ainsi, à l'Université de Lausanne se trouve l'*Institut de criminalistique appliquée*. Cependant nous avons constaté que cette formule prête à confusion : il y a danger de confondre avec criminologie. Enfin l'expression «police scientifique» porte une connotation de lien trop étroit avec la police; elle peut en amener plusieurs à douter de l'impartialité des experts. Faute de mieux, donc, nous utilisons l'expression «science forensique» pour désigner les sciences spécialisées dans les preuves savantes.

**.
Avocat et professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. L'auteur tient à remercier Robert Poirier, Ph. D. (criminologie), assistant de recherche et étudiant à la faculté, pour la qualité de son travail ainsi que la Fondation pour l'avancement des études juridiques à Sherbrooke inc. pour son assistance financière. Sa reconnaissance va aux docteurs Léo Lavergne, Vahé Sarafian et Bernard Pomminville du Laboratoire de sciences judiciaires et de médecine légale du Québec pour leur analyse du présent texte et leurs commentaires.

SOMMAIRE

Note préliminaire de l'auteur	3
I- De la force probante de l'expertise «forensique»	4
1. La recevabilité de la preuve scientifique et technique	6
2. La force probante	11
a) Fiabilité du principe fondamental	12
b) La valeur de la technique utilisée	14
c) Analyse de l'utilisation concrète de la technique ou de la science	23
d) Le droit à une défense pleine et entière et l'accès aux spécimens	24
II- Deux cultures scientifiques distinctes : la juridique et la forensique	31
1. Le rôle des valeurs en droit et en sciences	32
a) Là où la vérité doit laisser place	35
b) Quand la vérité scientifique n'est pas reconnue	40
2. La prise de décision en jurisprudence et en sciences forensiques	42
a) Les données et les questions	42
b) La méthode d'analyse	44
c) La formation et l'expérience du décideur	54
3. L'hermétisme langagier	55
Conclusion	57

Note préliminaire de l'auteur : le présent texte s'adresse à deux types de lecteurs, les juristes et les experts forensiques. Les premiers ne devraient donc pas s'étonner que, parfois, on y trouve l'expression de principes qu'ils connaissent déjà ainsi que de nombreux exemples. Ceux-ci furent insérés au texte pour rendre le droit plus facilement accessible aux experts en criminalistique appliquée.

Les juristes peuvent, parfois, faire preuve de grande crédulité face aux techniques ultra-sophistiquées dont les résultats apparaissent au prétoire; ils risquent de devenir esclaves des conclusions des témoins-experts. Alors, il pourrait y avoir phagocytose du droit par la technique.

D'un autre côté, les experts «forensiques» font quelquefois montre d'une assurance excessive lorsqu'ils présentent leurs conclusions en cour : la propension de certains à déclarer péremptoirement des conclusions qu'ils jugent incontestables ou encore à éviter le contre-interrogatoire relatif à leur méthodologie en fondant leur exposé sur leurs nombreuses années d'expérience, empêche l'analyse consciencieuse de la validité de leur démonstration. De plus, ils ressortent souvent désabusés de leur expérience des tribunaux, surpris des lenteurs du système et de la décision du juge. En outre, les conclusions des experts ne sont pas toujours concordantes avec celles des juristes ce qui, parfois, peut amener les collaborateurs à ressentir une certaine amertume!

Il importe donc de présenter aux juges, avocats, juristes et experts forensiques, une synthèse articulée pour leur permettre d'avoir une grille d'analyse à suivre lorsqu'ils analysent la force probante des résultats des dites techniques. D'autre part, il est important que les experts et les juristes comprennent la méthodologie propre à chaque science (juridique et expérimentale) pour mieux saisir la spécificité de chacune et ainsi désamorcer l'incompréhension mutuelle entre scientifiques de sciences expérimentales et juristes; en effet, force est de constater que parfois le «courant ne passe pas»! Nous essayerons de mieux comprendre les fondements de cette méconnaissance réciproque en présentant le cheminement intellectuel propre à chacune de ces deux cultures scientifiques distinctes ce qui, nous l'espérons, permettra de saisir

le pourquoi des divergences entre juges et experts, particulièrement quant à leur prise de décision.

Évidemment, nous ne ferons pas, dans le cadre de cette étude, une analyse détaillée de chaque domaine de la criminalistique appliquée, ce qui équivaldrait à écrire une véritable encyclopédie. D'autres l'ont fait avec brio! Quant à nous, nous essaierons tout simplement de présenter la grille d'analyse suggérée pour l'évaluation de la force probante des dites expertises et illustrerons ce cheminement de quelques cas concrets.

Nous ferons de même pour la seconde partie alors que nous illustrerons par des cas concrets les principales différences entre la science juridique et l'expérimentale.

I- De la force probante de l'expertise «forensique»

«Il n'y a nulle certitude, dès qu'il est possible que les choses soient autrement».

Voltaire

Nous avons déjà écrit que la force probante d'une preuve obtenue au moyen de l'utilisation de sciences ou de techniques dépend de trois facteurs :

Premièrement, il importe d'établir la validité du principe fondamental; deuxièmement, de fonder la valeur probante de la technique appliquant ledit principe et, troisièmement de prouver l'application convenable de la technique lors de son utilisation dans le cas particulier à l'étude¹. Nous avons alors illustré ce cheminement par plusieurs cas précis.

Mais comme le domaine des sciences et des techniques évolue de façon fulgurante et comme nous assistons parfois à des décisions jurisprudentielles dans le cadre desquelles les preuves présentées nous semblent, pour le moins,

1. P. Patenaude, *La preuve, les techniques modernes et le respect des valeurs fondamentales; enquête, surveillance et conservation de données*, Sherbrooke, Éditions R.D.U.S., (1990) aux pp. 147-148.

surprenantes², nous croyons que la présentation d'une synthèse articulée s'impose.

Normalement, dans la plupart des cas, la validité du principe fondamental n'a plus à être établie. En effet, lorsque la science à la base de la technique sert depuis longtemps, sa validité est reconnue, elle a quitté le purgatoire et est maintenant consacrée.

Il en est ainsi, à titre d'exemples, du principe de l'effet Doppler ou encore du laser, dans le cas de preuve de vitesse excessive au moyen d'un radar³, de celui du taux d'alcoolémie dans le sang établi au moyen d'appareils calculant celui présent dans l'air alvéolaire⁴, de celui de l'unicité des empreintes d'ADN⁵.

Pourtant d'autres techniques, dont on croyait fermement établi le principe fondamental, reposent en fait sur des fondations fragiles : ainsi, la théorie de l'unicité des empreintes digitales, n'ayant fait l'objet que de très peu de recherches ou de validation empirique, se prête à une certaine incertitude et à beaucoup de spéculations⁶.

Les techniques d'identification visuelle de la voix (analyse spectrographique), de détection de mensonge (polygraphie), d'identification d'écriture, d'hypermnésie hypnotique ... méritent circonspection. Les expertises en balistique et en incendie-explosion devraient être sujettes à caution!

-
2. Voir à titre d'exemples : *Corporation professionnelle des médecins c. Bortz*, [1987] R.J.Q. 2675 (C.S.P) [ci-après *Bortz*] (preuve de phénomène de médiumnité); *Protection de la jeunesse-789* (12 juillet 1996), Montréal 500-41-000267-958, 500-41-000545-957, 500-41-000546-955, J.E. 96-2011 (C.Q.); *La Reine c. J.-L. J.*, [1998] R.J.Q. 2229 (C.A.); [2000] C.S.C. 51 (évaluation phallométrique ou pléthysmographie pénienne).
 3. *Baie-Comeau (Ville de) c. D'Astous*, [1992] R.J.Q. 1483. (C.A.Q.) Pour les radars au laser, voir : *Joliette (Ville de) c. Delangis*, [1999] R.J.Q. 2836 (C.A.Q.).
 4. *R. c. Crosthwait*, [1980] 1 R.C.S. 1089; *R. c. Moreau*, [1979] 1 R.C.S. 261.
 5. *R. c. Bourguignon*, [1991] O.J. n° 2670 (G.L.), en ligne : QL (OJ) [ci-après *Bourguignon*].
 6. D. L. Faigman *et al.*, *Modern Scientific Evidence : The Law of Science and Expert Testimony*, vol. 2, St-Paul (Minn.), West Publishing Co., 1997 à la p. 67.

1. La recevabilité de la preuve scientifique et technique

Le droit canadien, au contraire de l'américain est assez discret sur le sujet. Longtemps, on a considéré que le facteur clef de l'analyse reposait sur la qualification du témoin par le juge : lorsque ce dernier accordait au témoin le statut d'expert, celui-ci était admis à présenter son opinion et même à fonder celle-ci sur des sources de seconde main, non établies⁷.

Récemment, la Cour suprême du Canada ajouta des éléments relatifs à l'admissibilité de preuves d'experts qui s'avèrent fort pertinents et ce, dans la décision rendue dans l'affaire *R. c. Mohan*⁸ :

Comme pour toute autre preuve, la pertinence est une exigence liminaire pour l'admission d'une preuve d'expert. La pertinence est déterminée par le juge comme question de droit. Bien que la preuve soit admissible à première vue si elle est à ce point liée au fait concerné qu'elle tend à l'établir, l'analyse ne se termine pas là. Cela établit seulement la pertinence logique de la preuve. D'autres considérations influent également sur la décision relative à l'admissibilité. Cet examen supplémentaire peut être décrit comme une analyse du coût et des bénéfices à savoir «si la valeur en vaut le coût». Le coût dans ce contexte n'est pas utilisé dans le sens économique traditionnel du terme, mais plutôt par rapport à son impact sur le procès. La preuve qui est par ailleurs logiquement pertinente peut être exclue sur ce fondement si sa valeur probante est surpassée par son effet préjudiciable, si elle exige un temps excessivement long qui est sans commune mesure avec sa valeur ou si elle peut induire en erreur en ce sens que son effet sur le juge des faits, en particulier le jury est disproportionné par rapport à sa fiabilité [nos soulignés, notes omises]⁹.

C'est à la partie qui désire faire déclarer inadmissible une preuve d'expertise d'établir les motifs de rejet.

7. *R. c. Lavallée*, [1990] 1 R.C.S. 852 à la p. 893, juge Wilson; *R. c. Ratti*, [1991] 1 R.C.S. 68 à la p. 81, juge Lamer.

8. [1994] 2 R.C.S. 9.

9. *Ibid.* à la p. 20.

En effet, dès que le témoin est qualifié d'expert, son témoignage est, en principe, admissible, à moins que l'on établisse un motif de rejet.

Ce fardeau peut s'avérer excessivement lourd pour la défense lorsque la preuve fut présentée par la Couronne, car la première ne peut avoir recours à des ressources identiques à celles consultées par la seconde. Parmi les ressources disponibles à la poursuite, mentionnons les laboratoires de sciences judiciaires et de médecine légale qui, en théorie, seraient accessibles à la défense. En pratique, toutefois, comme ils ont été consultés par la police dans le cadre de l'enquête avant que la cause ne soit introduite, ils ne peuvent plus effectuer d'expertises pour la partie adverse.

Autre handicap pour la défense : les ressources financières! La poursuite est certes contrainte au respect du budget alloué par l'État, mais il demeure néanmoins que les frais engagés pour obtenir une expertise sont ordinairement disponibles pour la Couronne alors que la défense, surtout si elle n'a pas accès à l'aide juridique, a habituellement des ressources limitées. Pensons aux affaires *Montani*¹⁰ et *Medvedew*¹¹ : alors que la Couronne avait fait témoigner le concepteur du spectographe (identification visuelle de la voix), un «expert» provenant du Michigan; la défense aurait-elle pu faire témoigner des membres de l'Institute for Advance Study of the Communication Process de l'Université de Floride qui, déjà, soulevaient des doutes sérieux sur ladite technique? Aurait-elle eu les moyens de payer leurs émoluments et les frais de séjour (alors que, souvent, la cause est ajournée)? Autre exemple : il y a quelques années de cela, alors que l'expertise d'ADN n'était pas aussi développée au Québec qu'elle l'est aujourd'hui, on sentit le besoin d'obtenir des résultats rapides d'une telle analyse dans le cadre d'une enquête criminelle importante. La Direction du Laboratoire des expertises judiciaires et de médecine légale du ministère de la Sécurité publique du Québec dépêcha alors un de ses spécialistes en Allemagne, porteur d'échantillons de substance corporelle, pour que là, un laboratoire expérimenté en technologie d'amplification confie à un de ses analystes la tâche d'effectuer l'expertise en ayant recours à cette technique alors tout à fait innovatrice et beaucoup plus rapide et efficace que celle utilisée à ce moment-là à Montréal.

10. *R. c. Montani* (1974), 26 C.R. (N.S.) 339 (C. P. Ont.) [ci-après *Montani*].

11. *R. c. Medvedew* (1978), 6 C.R. (3^e) 185 (C.A. Man.) [ci-après *Medvedew*].

Si les résultats de cette analyse avaient été présentés dans cette cause à l'appui d'une demande de condamnation, la défense aurait-elle été en mesure d'en contester la valeur? À l'époque, il semble bien que seulement des laboratoires étrangers utilisaient ladite technique et que seuls des concepteurs de cette nouvelle technique auraient pu subir un contre-interrogatoire relatif à sa valeur.

Que dire maintenant d'une preuve présentée par la Couronne pour déterminer la date du décès au moyen de l'anthologie judiciaire. Il s'agit d'une spécialité de la zoologie et de l'anthropologie judiciaire utilisée lorsqu'un cadavre est découvert en état de décomposition, alors que l'intervalle post-mortem ne peut plus être établi par les méthodes habituelles telles la température du cadavre, les rigidités cadavériques etc..., soit plus de 72 heures environ après le décès. Par l'examen systématique du cadavre, du site où il fut trouvé, de la végétation, du type de sol, des conditions climatiques prévalant à cet endroit, et, surtout des larves trouvées sur la dépouille, il serait possible, allègue-t-on de donner, avec une certaine précision, l'intervalle entre le décès et la découverte du corps. Mais, pour établir ce fait, l'entomologiste judiciaire doit se référer à des banques de données sur le site ou la région où fut découvert le corps ainsi que sur le type d'insectes ou de vers qui existent là et sur les conditions climatiques prévalant à cet endroit. C'est le département de biologie de l'Université Simon Fraser à Burnaby, en Colombie-Britannique, qui offre son expertise en la matière aux divers laboratoires de criminaliste appliquée du Canada. Or, dans certains cas, le moment du meurtre peut être un élément capital. La défense aurait-elle les moyens financiers ainsi que l'accès à des personnes ressources pour contester la valeur de cette «science»?

Voilà pourquoi la solution américaine nous semble mieux répondre au droit à une défense pleine et entière. Dans deux décisions de principe rendues dans les affaires *Daubert c. Merrell Dow Pharmaceuticals inc.*¹² et *Kumho Tire Co. Ltd c. Carmichael*¹³ la Cour suprême établit que la partie qui présente une preuve fondée sur une analyse scientifique ou sur l'utilisation d'une technique doit, *a priori*, en établir la validité sous peine de la voir exclue du prétoire. Le fardeau de preuve repose donc, habituellement, dans le cadre des instances

12. 509 U.S. 579, (1993) 113 S. Ct. 2786 (1993) [ci-après *Daubert*].

13. 119 S. Ct. 1167 (1998); 143 L. Ed. (2d) 238 [ci-après *Kumho* avec renvois aux S. Ct.].

criminelles, sur la poursuite. La cour devient alors un «garde-barrière» : elle est investie du droit d'effectuer le partage entre «l'ivraie et le bon grain».

Rappelons que la décision *Daubert* avait établi quatre paramètres pour fonder la pertinence et, partant, l'admissibilité en preuve des résultats d'analyses scientifiques :

- (1) assurer que la théorie sous-jacente à ladite science ou que la technique ont été mises à l'essai, expérimentées;
- (2) analyser le taux d'erreur établi suite à l'expérimentation;
- (3) prendre connaissance de l'évaluation par les pairs;
- (4) et enfin, voir s'il y a un certain consensus au niveau de la communauté scientifique pertinente quant à la fiabilité de ladite technique et de la théorie fondamentale¹⁴.

Subséquemment, la décision *Kumho* consacrait l'extension de ces règles aux preuves dites «techniques»¹⁵.

Cette dernière décision rendra d'ailleurs la vie plus difficile à certains «experts» de laboratoires de criminalistique appliquée (*forensic sciences laboratories*) dont les «expertises», nous le verrons subséquemment, reposent sur des assises scientifiques parfois fort fragiles¹⁶; nous pensons spécialement aux experts en écriture, en incendies-explosions ainsi qu'en balistique¹⁷.

Fort heureusement pour eux, la Cour suprême des États-Unis établit dans *Kumho* que les normes indiquées à *Daubert* doivent être flexibles et que, dépendant de chaque cas à l'étude, des règles supplémentaires peuvent être

14. *Supra* note 12 aux pp. 2796-2797.

15. *Supra* note 13.

16. D. L. Faigman, «Should Forensic Science Be “Scientific”» dans P. Patenaude, dir., *Police, techniques modernes d'enquête ou de surveillance et droit de la preuve*, Sherbrooke, Éditions R.D.U.S., 1998, 135.

17. Faigman *et al.*, *supra* note 6 aux pp. 110-111 (expertise d'écriture); pp. 36-37 (balistique); 228-238 (incendies-explosions).

ajoutées ou, au contraire, que la preuve de l'une ou l'autre des quatre conditions d'admissibilité peut être omise¹⁸.

Il demeure néanmoins qu'avant d'admettre en preuve certaines «expertises», la prudence doit être de règle, car le témoin qui se qualifie d'expert pourrait parfois faire dérailler la recherche de la vérité. Plus les fondements de la technique invoquée sont faibles, plus la méthodologie de recherche est suspecte, plus l'admission de ladite preuve pourrait être préjudiciable.

Monsieur le professeur Faigman conclut, avec raison à notre avis :

Therefore, in practice, *Daubert* will be more liberal and lead to the admission of more expert testimony when it comes from fields with a long tradition of rigorous testing; but *Daubert* should be more

18. «Daubert makes clear that the factors it mentions do not constitute a “definitive checklist or test” ... And *Daubert* adds that the gatekeeping inquiry must be “tied to the facts of a particular “case”. [...] We agree with the Solicitor General that “the factors identified in *Daubert* may or may not be pertinent in assessing reliability, depending on the nature of the issue, the expert’s particular expertise, and the subject of his testimony”. [...] The conclusion, in our view, is that we can neither rule out, nor rule in for all cases and for all time the applicability of the factors mentioned in *Kumho*, *supra* note 13 aux pp. 1175-1176 : *Daubert*, nor can we now do so for subsets of cases categorized by category of expert or by kind of evidence. Too much depends upon the particular circumstances of the particular case at issue. *Daubert* itself is not to the contrary. It made clear that its list of factors was meant to be helpful, not definitive. Indeed, those factors do not all necessarily apply even in every instance in which the reliability of scientific testimony is challenged. It might not be surprising in a particular case, for example, that a claim made by a scientific witness has never been the subject of peer review, for the particular application at issue may never previously have interested any scientist. Nor, on the other hand, does the presence of *Daubert*’s general acceptance factor help show that an expert’s testimony is reliable where the discipline itself lacks reliability, as, for example, do theories grounded in any so-called generally accepted principles of astrology or necromancy. At the same time, and contrary to the Court of Appeals’ view, some of *Daubert*’s questions can help to evaluate the reliability even of experience-based testimony. In certain cases, it will be appropriate for the trial judge to ask, for example, how often an engineering expert’s experience based methodology has produced erroneous results, or whether such a method is generally accepted in the relevant engineering community. Likewise, it will at times be useful to ask even of a witness whose expertise is based purely on experience, say, a perfume tester able to distinguish among 140 odors at a sniff, whether his preparation is of a kind that others in the field would recognize as acceptable».

conservative and lead to the exclusion of expert testimony when it is based on fields that do not have a tradition of rigor¹⁹.

Les décisions rendues par la Cour suprême américaine dans les affaires *Daubert* et *Kumho* établissent une grille d'analyse qui peut être fort utile dans la détermination de l'admissibilité de preuves scientifiques. D'ailleurs, plusieurs juges canadiens réfèrent maintenant à ces deux décisions²⁰, même si, parfois, ils mentionnent qu'il faut les aborder avec prudence, puisque les règles de preuve diffèrent entre les deux pays²¹.

Nous avons déjà étudié la question de l'admissibilité des dites preuves de façon plus détaillée²². Nous renvoyons le lecteur à cette publication.

2. La force probante

Prenons, par hypothèse, que la preuve a passé avec succès l'épreuve du voir-dire et qu'elle fut jugée admissible (recevable), c'est-à-dire présentable devant le juge des faits.

L'avocat de la partie adverse doit alors tenter de minimiser l'impact de cette preuve en contestant sa valeur probante. Habituellement, à cette étape, *c'est au niveau du troisième facteur, c'est-à-dire de l'application de la technique au cas concret, que portera le débat* : ainsi, à titre d'exemples, on examinera à quel endroit le radariste, s'était posté lorsqu'il constata un excès de

19. *Supra* note 16 à la p. 144.

20. *La Reine c. J.-L. J.*, [2000] C.S.C. 51, *supra* note 2. *R. c. J.E.T.*, [1994] O.J. n° 3067, en ligne : QL (OJ). *R. c. Légère*, (1994) 95 C.C.C. (3^e) 139 (C.A.N.-B.). *Petro-Canada c. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board* (1995), 127 D.L.R. 4^e 483 (Nfld. S. Ct.). *Protection de la jeunesse - 789*, *supra* note 2. *R. c. McIntosh* (1997), 117 C.C.C. (3^e) 385 (C.A. Ont.) [ci-après *McIntosh*]. *R. c. Soad* (1997), 58 O.T.C. 119. *R. c. Campbell*, [1998] O.J. N° 6299, en ligne : QL (OJ). *R. c. Murrin* (1999), 181 D.L.R. (4^e) 320 (B.-C. S. Ct.). A. D. Gold, «When 'Experts' Speak, Should Judges Listen : Some Basic Science Lessons» [1999] Prov. Judges J. 7.

21. *McIntosh*, *ibid.* à la p. 397.

22. P. Patenaude, «De la recevabilité des preuves obtenues au moyen de l'utilisation par la police de techniques modernes d'enquête et de surveillance» dans P. Patenaude, dir., *Police, techniques modernes d'enquête ou de surveillance et droit de la preuve*, Sherbrooke, Éditions R.D.U.S., 1998, 1.

vitesse; s'était-il servi, lorsque possible, du diapason pour s'assurer que l'appareil était fiable. On contrôlera la formation reçue par l'opérateur de l'alcootest, le respect des normes essentielles relatives au maniement de l'appareil (ex : l'appareil de Borkenstein doit être chauffé à 50° centigrade, il doit être régulièrement purgé ...). Lors d'hypermnésie hypnotique, l'hypnotiste était-il psychiatre, psychologue? S'est-il alors assuré de ne pas polluer l'esprit du sujet? La session hypnotique a-t-elle été filmée pour permettre à d'autres experts d'assurer qu'il n'y a pas eu alors de manipulation? Dans le cas de preuve photographique, la lentille de la caméra était-elle régulière (par opposition à la téléphoto ou à la grande angulaire), le photographe était-il expérimenté, qu'en est-il du développement qui aurait pu distordre la représentation? Quelle est la force probante de l'imagerie numérique alors que l'on sait la facilité d'en altérer la représentation? Lors d'identification au moyen d'analyse d'ADN, comment les enquêteurs ont-ils prélevé les échantillons trouvés sur les lieux du crime? Y a-t-il eu possibilité de contamination? (Prenons à l'expérience médiatico-judiciaire du procès de O.J. Simpson).

a) Fiabilité du principe fondamental

Mais il arrive parfois que le principe fondamental, point d'appui de la technique utilisée, soit lui-même contestable. Alors, tout l'échafaudage de la preuve risque de s'écrouler! L'avocat qui en conteste la valeur probante aura intérêt à concentrer son attaque sur la faiblesse des fondements de l'expertise, même s'il y a déjà fait cet exercice, en voir-dire, devant le juge seul.

Prenons de nouveau l'exemple des affaires *Montani*²³ et *Medvedew*²⁴ : alors que toute la preuve reposait sur l'expertise spectrographique (identification visuelle de la voix), le principe de l'unicité de la voix n'avait pas encore (l'est-il aujourd'hui?) été établi. Évidemment, si la recherche scientifique ne peut établir la fréquence de concordance des voix, de conformité, d'homologie, et qu'elle ne peut établir le taux d'erreur dans le cadre d'un échantillonnage précis, le principe de l'unicité de la voix est douteux! Les

23. *Supra* note 10.

24. *Supra* note 11.

causes de *Bortz*²⁵ alors que la preuve de la défense reposait sur une science occulte, la médiumnité, et de la *Protection de la jeunesse* - 789²⁶, alors qu'une preuve d'évaluation phallométrique, plethysmographie pénienne, fut présentée en défense dans une cause d'agression sexuelle, sont des exemples d'expertise reposant sur des assises ... faibles (pour ne pas dire excentriques ou fantasmagoriques).

Plusieurs techniques, dont quelques-unes jouissent devant les tribunaux d'une aura de quasi-infaillibilité, reposent, semble-t-il sur des fondements fragiles. Mentionnons l'identification au moyen des empreintes digitales. Son principe fondamental, la théorie de l'unicité de l'empreinte, n'a pas été l'objet de nombreuses études expérimentales²⁷. Peut-être n'y a-t-il pas individualité absolue de l'empreinte, peut-être pourrait-il y en avoir une autre identique dans une population donnée. Seule une analyse expérimentale poussée pourrait confirmer la théorie spéculative à l'effet qu'il ne peut y avoir deux ou plusieurs individus ayant la même empreinte digitale.

Le juriste-plaideur qui doit contre-interroger un expert et contester ses conclusions aurait donc intérêt à prendre connaissance des faiblesses inhérentes à la théorie sous-jacente à la technique utilisée, surtout si cette dernière a déjà des assises qui furent jugées fragiles.

Et même lorsque la technique bénéficie d'une auréole de fiabilité, le juriste devrait suivre l'évolution de la science appropriée, car les théories scientifiques sont souvent éphémères. À ce sujet Edward O. Wilson écrit :

Scientific theories [...] are constructed specifically to be blown apart if proved wrong, and if so destined, the sooner the better [...] Funeral by funeral, theory advances²⁸.

25. *Supra* note 2.

26. *Supra* note 2.

27. Faigman *et al.* (vol. 2), *supra* note 6.

28. E. O. Wilson, *Consilience, Unity of Knowledge*, New York, Random House, 1999 à la p. 57.

b) La valeur de la technique utilisée

La grande majorité des techniques ou sciences dont les résultats apparaissent au prétoire ont déjà fait l'objet d'analyses expérimentales fort concluantes : leur principe fondamental est bien établi. Ainsi, il serait aujourd'hui fort surprenant que le principe de l'unicité de la marque de l'acide désoxibonucléique, de l'empreinte génétique, soit contesté pour affaiblir la preuve d'identification.

Le plaideur aura alors parfois recours au deuxième facteur d'analyse (étude de la valeur de la technique appliquant le principe fondamental) pour affaiblir la preuve de son adversaire; cette contestation pourrait être pertinente lors de l'arrivée des résultats obtenus grâce au recours à de nouvelles techniques d'analyse. Prenons le cas d'une preuve d'identification par ADN : actuellement, il y a uniformisation des outils analytiques en Europe et en Amérique du Nord; un consensus existe quant au choix des méthodes ainsi qu'aux sites génétiques utilisés : les deux techniques actuellement en usage sont le SRT (Short Tandem Repeat) et le PLFR (Polymorphisme de longueur de fragment de restriction); les sites génétiques STR analysés (au nombre de 13) font l'objet d'un accord parmi les laboratoires forensiques de l'Amérique du Nord. Ceci permet de comparer directement les profils génétiques obtenus dans les divers laboratoires et d'échanger des renseignements contenus dans les banques de données.

Mais la recherche est prometteuse en la matière et de nouvelles techniques arriveront sur le marché²⁹. Quelle sera leur fiabilité?

29. «Bien qu'en ce moment, le choix quasi unanime se porte vers les STR comme méthode privilégiée pour la détermination des profils génétiques, il serait illusoire de penser que nous sommes au terminus des progrès technologiques en ce domaine. De nouvelles approches permettront fort probablement, dans un avenir plus ou moins rapproché, d'utiliser des méthodes de pointe, telles que la spectographie de masse, pour l'identification de plus en plus rapide d'un échantillon biologique avec une fiabilité au moins aussi bonne que celle disponible aujourd'hui». V. Sarafian, «Nouvelles techniques : les STR» dans P. Patenaude, dir., *Police, techniques modernes d'enquête ou de surveillance et droit de la preuve*, Sherbrooke, Éditions R.D.U.S., 1998, 220 à la p. 230.

Il y a un autre aspect de l'identification génétique qui mérite qu'on s'y attarde : des probabilités mathématiques et des statistiques entrent en jeu à titre de facteurs importants.

En effet, établir que deux échantillons ont le même génotype est une chose, produire un estimé, une appréciation de la fréquence de ce génotype en est une autre :

The most common method of introducing the results of DNA tests in court involves testimony about a match and, if there is a match, about the frequency or probability of matching profiles in some reference population or populations. A profile frequency or the probability of a random, true match always is relevant to assessing the chance that someone other than the defendant is the source of the incriminating DNA, but by coincidence, the defendant has a matching profile³⁰.

Le génome humain est composé d'environ six milliards de paires de nucléotides. Or, dans le cadre des analyses forensiques, on ne peut analyser que quelques milliers de paires³¹. Il se pourrait donc que, pour une si petite proportion, plus d'une personne ait le même profil, la même concordance :

L'étape suivante dans l'établissement d'un profil génétique individuel consiste à estimer la fréquence de ces allèles dans la population [...] afin de savoir quelle est la probabilité de trouver quelqu'un d'autre avec les mêmes allèles. Si une personne sur 10 possède l'allèle 4 et une personne sur 6 a l'allèle 8, la probabilité qu'une personne prise au hasard ait aussi les allèles 4 et 8 est estimée à $1/10 \times 1/6 \times 1/2 = 1/30$. Certains allèles sont très communs, d'autres rares et le produit des fréquences d'un certain nombre d'allèles est nécessaire pour affirmer avec quasi certitude que la coïncidence entre les allèles identifiés dans un prélèvement d'une scène de crime et les allèles du suspect n'est pas due au hasard. En général, au-delà de 7 ou 8 loci STR, l'identification est extrêmement probable.

30. D. L. Faigman *et al.*, *Modern Scientific Evidence : The Law and Science of Expert Testimony*, vol. 1, St-Paul (Minn.), West Publishing Co., 1997 à la p. 650.

31. R. c. Lewontin, «Populatin genetic issues in the forensic use of DNA» dans Faigman (vol. 1), *ibid.* à la p. 687.

Chaque étude comporte, bien sûr, une marge d'erreur. À défaut d'analyser l'ADN de l'humanité entière, nous procédons à un échantillonnage représentatif qui va surestimer ou sous-estimer la vraie fréquence des allèles³².

On présente donc une évaluation des probabilités tirée d'études effectuées au moyen de prélèvements effectués à l'aveugle (au hasard) dans une population-type.

Population genetics and statistical issues arise when the samples do match. In this case, some measure of the weight of the evidence is presented to the fact finders. Typically, this is an estimate of the probability of obtaining a matching profile from a randomly selected individual from some appropriate *reference population*³³.

Donc, puisque l'identification par ADN peut nécessiter un témoignage quant aux conclusions des analyses en laboratoire, quant aux interprétations statistiques, il peut, dans certains cas, être nécessaire d'appeler à témoigner des experts en biologie moléculaire, en évaluation des fréquences etc...; en effet, nous venons de le voir, la valeur de la preuve dépend des données découvertes en laboratoire, certes, mais aussi de l'interprétation statistique des dites données et de la valeur du principe fondamental de biologie moléculaire.

Une première question se présente à l'esprit : que vaut la théorie des probabilités mathématiques utilisée en l'instance? On peut comprendre que la Couronne aurait parfois intérêt à présenter une probabilité tellement faible qu'il semblerait irraisonnable de croire qu'une autre concordance de profils puisse exister. Par contre, la défense aurait profit à augmenter la probabilité pour jeter le doute à l'esprit et alléguer que plusieurs auraient possiblement un profil compatible.

Une seconde : quelle était la représentativité de l'échantillonnage choisi pour établir les probabilités? Quel groupe a servi de référence pour établir lesdites probabilités?

32. Sarafian, *supra* note 29 aux pp. 222-223.

33. Faigman *et al.* (vol. 1), *supra* note 30 à la p. 713.

Nous l'avons vu précédemment, on ne peut prouver scientifiquement la concordance des profils sans avoir auparavant établi la rareté des caractéristiques (i.e. des profils génétiques) au moyen de données (*underlying data*) tirées d'une population cible. Ce sont les caractéristiques spécifiques à un individu qui importent, or elles n'abondent pas :

About 75 % of known human genes have virtually no variation from individual to individual within our entire species and so are of no interest in a forensic context. Information for our purposes comes from the highly variable («polymorphic») genes. Some very large differences in the frequencies of gene alleles of polymorphic genes exist between the major races, while for other polymorphic genes the major races are almost identical in frequency distribution.

[...] For example the allele B40 is 22 % in Japanese, 8 % in Europeans and only 2 % in black Africans; the allele BW42 is 12 % in Africans but is totally absent in the other racial samples; the allele AW30 is 22 % in Africans, only 4 % in Caucasians and virtually absent in Japanese.

[...] At the level of local populations within races there is again considerable difference in pattern from gene to gene [...] For example, there are strong clines of gene frequency for the ABO blood groups across Europe. The B allele is 5 %-10 % in Britain, rising gradually to 25 %-30 % in Russia; the frequency of the O allele is 70 %-80 % in Sardinians, Irish and Scottish, but lower in Eastern Europe. Large differences also occur in the blood groups LE (a- b-) which has frequencies of 4 % in Scots and 29 % in Swedes; Kell (+) varies from 3 % in Italians to 11 % in Poles; Lu (a+) is only 0.86 % in the Welsh, but 8.5 % in the Irish³⁴.

34. R. c. Lewontin, «Population genetic issues in the forensic use of DNA», *supra* note 31 aux pp. 689-690.

Inutile donc de mentionner que, dans l'évaluation de la rareté des caractéristiques, l'échantillonnage, le groupe-cible (*appropriate reference population*), utilisé dans le cadre de l'évaluation s'avère crucial :

[I]n constructing probabilities for some genes we need to take into account not only the differences between whites, blacks, Amerinds and Asians, but also more fine-grained ethnic and national differences³⁵.

Il peut, en outre, s'avérer plus difficile d'établir un groupe-cible lorsque le suspect est membre d'une minorité dans le cadre d'une société très multi-raciale!

Il importe, cependant, de noter que, depuis la publication des articles cités précédemment (1997), de nouvelles études plus récentes ont allégué que les sous-structures de population ont une incidence fort légère.³⁶ En outre, en augmentant le nombre de sites génétiques (bientôt treize sites génétiques indépendants seront utilisés dans l'enquête forensique) les experts affirment qu'ils arriveront à des raretés de profils telles (de l'ordre de un sur des milliers de milliards), que l'erreur introduite dans le calcul par l'utilisation d'une étude de population inappropriée serait, semble-t-il, largement compensée et ne modifierait pas substantiellement les conclusions de l'analyse.

Notons enfin que la preuve quantitative pourrait parfois avoir un effet préjudiciable, disproportionné face à sa force probante : le jury pourrait être intimidé par une accumulation de probabilités mathématiques, il pourrait mal interpréter les probabilités de concordance des profils (*Random Match Probability*), être obnubilé par l'accumulation de données mathématiques, il

35. *Ibid.* à la p. 692.

36. K.L. Monson et B. Budowle, «Effect of Reference Database on Frequency Estimates of Polymerase Chain Reaction (PCR) - Based DNA Profiles» (1998) 43 J. Forens. Sc. 483. J.M. Hartmann *et al.*, «The Effect of Ethnic and Racial Population Substructuring on the Estimation of Multi-Locus Fixed-Bin VNTR RFLP Genotype Probabilities» (1997) 42 J. Forens. Sc. 232.

pourrait même négliger la possibilité d'erreur humaine³⁷. Parfois la présentation de cette évaluation quantitative détaillée fut donc refusée par les tribunaux³⁸.

Nous avons, avec l'ADN une preuve fondée sur des bases solides, très scientifiques, soumises à de nombreuses analyses de validité. Passons maintenant à un tout autre domaine de preuve forensique : l'expertise en identification d'écriture. Pourquoi y a-t-il tant de scepticisme face au témoignage de l'«expert» en la matière?

Dans *Le Devoir* du jeudi 8 juin 2000 on lisait :

Consuelo de Saint-Exupéry, veuve de l'aviateur-écrivain français, a écrit ses mémoires qui viennent d'être publiés et dont l'authenticité a été contestée sur la base d'une analyse graphologique de la première page du manuscrit.

Un graphologue a comparé l'écriture de cette page avec celle de l'écrivain suisse Denis de Rougemont qui fut l'amant de Consuelo, décédée en 1978, et en conclut qu'elles sont de la même main. Il y a quelques années, un autre expert avait conclu en revanche à l'authenticité des mémoires³⁹.

Voilà!

Après avoir rapporté de nombreuses études concernant l'«expertise» de comparaison d'écritures et de signatures, fait état du taux d'erreur effarant découvert lors de vérification empirique ou encore d'évaluations des résultats obtenus dans le cadre de concours entre laboratoires d'expertises forensiques, le professeur D. Michael Risinger, conclut avec ce commentaire sarcastique :

37. J. J. Koehler, «Error and Exaggeration in the Presentation of DNA Evidence at Trial» (1993) 34 *Jurimetrics* J. 21. L. Lavergne, «Deux aspects de l'identification génétique en médecine légale : la position du généticien dans ce nouvel environnement et l'évaluation de la rareté des profils génétiques» dans C. Hennau-Hublet et B.M. Knoppers, dir., *Analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme; aspects médico-scientifique, éthique et juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 40 aux pp. 57 et 63.

38. Faigman *et al.* (vol. 1), *supra* note 30 aux pp. 653-657; voir également Bourguignon, *supra* note 5.

39. C. Vallette, «Mémoires contestés», *Le Devoir [de Montréal]* (8 juin 2000) B-8.

Even where the experts do exceed chance performance, is chance the criterion of expertise? If a driver manages to stay on the right side of the median stripe more often than chance, if a piano student hits the correct notes more often than chance, if a student scores above chance on an exam - are they to be regarded as experts? ... Put simply, beating chance hardly establishes expertise⁴⁰.

Premièrement, il semble bien que le principe fondamental, c'est-à-dire l'individualité de l'écriture ne fut jamais sujet d'expérimentation méthodique; que nul ne puisse établir le taux d'erreur des techniques choisies par l'analyste⁴¹; que la formation soit quasi-inexistante en la matière (au Laboratoire d'expertises judiciaires du Québec les candidats ne doivent détenir qu'un baccalauréat universitaire pour accéder au poste d'analyste...! On peut y trouver autant un criminologue qu'un anthropologue, un urbaniste qu'un juriste, sans aucune formation académique préalable en expertise d'écriture⁴²). On comprend que le scepticisme puisse être de règle et qu'il faille, chez les juristes, n'aborder les conclusions de cet art qu'avec grande circonspection.

Que faire pour redorer le blazon d'une telle spécialité? Monsieur le professeur Risinger indique le minimum requis pour qu'un champ d'expertise douteux acquiert un peu de fiabilité :

In principle we might devise proficiency tests for the asserted skill which would have to be administered to each practitioner to determine if the asserted skill was in fact present for that person. In practice, we seem to be so skeptical of any such purely personal claims that most traffickers in subjective translation claim, at any rate, to be members of a group of practitioners who share a common and therefore more or less teachable and learnable approach. The desirable end point of such a process would be a group of people who had : 1. a sufficiently empirically unmistakable common taxonomy that they will always perceive and classify in the same way the stimulus to be translated and

40. D. M. Risinger, «Handwriting Identification» dans D.L. Faigman *et al.* (vol. 2), *supra* note 30 aux pp. 110-111.

41. *Ibid.*

42. A. Münch, *L'expertise en écritures et en signatures*, Sillery, Septentrion, 2000 à la p. 47.

2. a set of translational rules that they would be able to define and would agree on, and which would yield which were definitive. [...] The human agent would have become as dependable and understandable as a thermometer is in translating heat energy to a visual and quantified analogue. In practice, of course, this is rarely approached very closely, and how far away from this ideal a system falls is a good indicator of its general likely validity⁴³.

Devons-nous, en conséquence, faire fi de l'identification d'écritures?
Que non!

It does not follow, however, that because handwriting identification is not a science that it is devoid of validity. Handwriting identification conducted by a skilled practitioner may possess a high degree of validity. The fact that something is more of an art than a science does not automatically render it disreputable [...]. The challenge, of course, is to demonstrate with systematical empirical data (e.g. proficiency tests) that one does reach correct results and therefore is a skilled practitioner. There is no other way to distinguish the skilled from the incompetent⁴⁴.

D'ailleurs, vers qui se tourneraient les tribunaux, faute d'avoir recours à ces «experts»? Il nous semble que *mutatis mutandis* on puisse appliquer à ce cas le commentaire sarcastique que Edward O. Wilson écrivait sur les économistes :

The esteem that economists enjoy arises not so much from their record of successes as from the fact that business and government have nowhere else to turn.⁴⁵

43. D. M. Risinger, «Preliminary Thoughts on a Functional Taxonomy of Expertise» dans Faigman *et al.*, dir., *Modern Scientific Evidence : The Law and Science of Expert Testimony*, vol. 3, St-Paul (Minn.), West Publishing Co., 1999, 12. Voir aussi : D. M. Risinger et M. J. Saks, «Science and Non-science in Court : Daubert meets Handwriting Identification Expertise» (1996) 82 Iowa Law Rev. 21.

44. J. I. Thornton, «The General Assumptions and Rationale of Forensic Identification» dans Faigman *et al.* (vol. 2), *supra* note 6 à la p. 33.

45. *Supra* note 28 à la p. 215.

Évidemment, le spécialiste, selon ses années d'expérience et son habileté personnelle, peut avoir une capacité exceptionnelle à détecter les caractéristiques qui se font pendant, les appariements ou encore, à l'opposé, les différences!

Forensic scientists universally hold that in comparison process, differences between evidence and exemplar should be explicable. There should be some rational basis to explain away the differences that are observed, or else the value of the match is significantly diminished⁴⁶.

On comprend donc qu'il est préférable que l'«expert» en écriture remette un rapport d'expertise détaillé plutôt que sommaire : ainsi, on pourra suivre les étapes de l'expertise et les démarches du spécialiste. Si besoin est, la contre-expertise sera aussi facilitée; il y aura alors, en plus, difficulté de camoufler certaines techniques lacunaires⁴⁷.

Mais, même avec le spécialiste reconnu, la circonspection doit toujours être de règle⁴⁸ : vu la faiblesse scientifique de la méthode, les juristes devraient, à tout le moins, refuser que l'«expert» fasse des déclarations péremptoires telles que : «Hors de tout doute scientifique raisonnable, les écrits en litige ont été rédigés par l'auteur des spécimens» ...» Pourtant les «experts» en identification d'écritures et de signatures font souvent de telles affirmations⁴⁹. Tout au plus, devrait-on leur permettre d'affirmer qu'il est possible, voire probable, que les écrits en litige émanent de l'auteur des spécimens soumis. Aller plus loin serait une exagération indigne, fausse, et qui risquerait d'induire le jury en erreur.

c) Analyse de l'utilisation concrète de la technique ou de la science

Lorsque le(s) principe(s) fondamental(aux) d'une technique ou d'une science est (sont) bien établi(s) et que le moyen utilisé est valide, il ne reste qu'à scruter l'application de la science ou la technique au cas concret à l'étude.

46. *Ibid.* à la p. 9.

47. Münch, *supra* note 42 aux pp. 55-56.

48. Thornton, *supra* note 44 à la p. 34.

49. *Ibid.* aux pp. 61 et 90.

C'est à cette étape que l'on retrouve les cas les plus nombreux de contestation. En effet, les résultats présentés devant les tribunaux proviennent, sauf rares occasions, de techniques dont le principe fondamental est, depuis déjà longtemps, reconnu et les techniques d'analyse consacrées (radar, alcootest, ADN ...). Pour ces cas, la question de l'admissibilité se pose rarement (sauf, évidemment si la cueillette des échantillons ou empreintes fut faite dans l'irrespect des droits fondamentaux). Ici, c'est l'analyse de la force probante qui occupe tout le terrain. Le tout s'est-il fait selon les normes de l'art? L'analyste et le technicien étaient-ils compétents? Des éléments auraient-ils pu, soit altérer le prélèvement objet de l'analyse, soit transformer l'appareil ayant servi à l'étude, soit diminuer la crédibilité du témoin-expert? Nous voici à l'étape où le juge des faits est souverain.

À titre d'exemples, nous avons choisi quelques cas, tirés d'une multitude de décisions : combien de poursuites ont avorté parce que les opérateurs de l'alcootest n'avaient pas respecté scrupuleusement les délais prévus du sous-alinéa 258(1)c)(ii) ou encore n'avaient pas manipulé correctement l'appareil⁵⁰? Et que dire de la preuve de vitesse excessive découlant de l'utilisation du radar? Elle est souvent contestée avec succès en alléguant soit le manque de formation du radariste, soit l'absence de vérification de la justesse de l'appareil⁵¹. L'identification au moyen d'analyse d'ADN n'est pas, non plus, exempte de contestation : le public a encore fraîches à la mémoire les péripéties de l'affaire mediatico-judiciaire concernant O.J. Simpson : la défense n'avait pas contesté la théorie fondamentale ou encore la qualité de la technique utilisée; elle concentra son attaque sur l'élément humain - premièrement en alléguant que la police avait déposé volontairement du sang de l'accusé sur les lieux du crime, ce qui aurait expliqué, selon elle, la concordance scientifique entre les spécimens de sang trouvés et ceux prélevés de l'accusé; deuxièmement, sur l'erreur humaine lors de l'analyse des échantillons en laboratoire. Le manque

50. À titre d'exemples, voir : *R. c. Vallée*, R.J.P.Q. 85-244 (C.S.P.); *Trudel c. R.* (1^{er} février 1979), Montréal 500-36-000397-789, J.E. 79-182 (C.S.).

51. *Québec (P.G.) c. Paquette* (19 janvier 2000), Québec 200-10-000095-955, J.E. 99-337 (C.A.); *Joliette (Ville de) c. Delangis*, *supra* note 3. *Baie-Comeau c. Dastous*, [1992] R.J.Q. 1483 (C.A.).

de formation des policiers et des enquêteurs⁵²; parfois, la mauvaise qualité des laboratoires; tout cela mérite qu'on porte attention à la qualité de la preuve présentée. Donc même la preuve d'identification par ADN doit être scrutée pour s'assurer de sa valeur⁵³.

Que dire maintenant de la force probante du témoignage post-hypnotique?⁵⁴ Nous savons le potentiel manipulateur de l'hypnose; il y a danger que la mémoire du sujet soit polluée, même involontairement, par l'hypnotiste⁵⁵. Il importe donc, à tout le moins, que ce dernier ait reçu une solide formation en la matière, ait respecté les règles de l'art et, qu'enfin, ladite session hypnotique ait été filmée pour garantir sa fiabilité.

Évidemment, on comprend que l'étude devra être plus stricte, l'examen plus sévère, lorsque les conclusions reposent sur des assises fragiles : pensons, par exemple, à l'identification de l'écriture, aux expertises en explosion-incendie, d'identification de marques de souliers, d'empreintes de pieds, à l'anthropologie judiciaire et, enfin, à la valeur du témoignage post-hypnotique.

d) Le droit à une défense pleine et entière et l'accès aux spécimens

Il serait presque illusoire cependant d'écrire sur la nécessité de contre-interroger des experts de la partie adverse pour s'assurer de la validité du principe fondamental de la technique utilisée, de la valeur probante de ladite technique et du respect des règles d'usage au cas concret à l'étude si les corollaires n'étaient pas observés, c'est-à-dire le droit, premièrement, d'avoir accès au rapport de l'expert et, surtout, deuxièmement au spécimen ayant fait l'objet d'analyse, pour en faire accomplir une contre-expertise, si nécessaire.

52. P. Patenaude, «La formation du policier en vue de l'utilisation des technologies modernes» dans *Tecnologia, Polizia e Rispetto Della Vita Privata*, Centro Internazionale Di Recerche e Studi Sociologici, Penali e Penitenziari, Corso Internazionale Di Alta Specializzazione Per Le Forze Di Polizia, Taormina, 1995 aux pp. 471-481.

53. J.S. Wayne, «DNA Paternity Testing in Canada. Laboratory Errors and the Need for Minimum Standards» (1998) 31 Can. Soc. Forens. Sc. J. 169-175; J. J. Koehler, *supra* note 37.

54. *R. c. Taillefer*, [1995] A.Q. 496 (C.A.Q.).

55. P. Patenaude, «L'inviolabilité de la pensée : l'utilisation de l'hypnose et du polygraphe à des fins d'enquête et de surveillance» (1994) 28 R.J.T. 963.

Ce droit est enchâssé à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁵⁶ et les tribunaux canadiens ont, récemment réitéré l'importance capitale du droit à une défense pleine et entière en matière criminelle.

Ainsi, dans une affaire *R. c. Stinchcombe*⁵⁷, la Cour suprême du Canada établit de façon éclatante le droit, pour la défense, d'avoir accès aux informations pertinentes détenues par la poursuite :

Le droit de présenter une défense pleine et entière constitue un des piliers de la justice criminelle, sur lequel nous comptons grandement pour assurer que les innocents ne soient pas déclarés coupables. Or, certains événements récents démontrent que l'affaiblissement de ce droit résultant de la non-communication de la preuve a été pour beaucoup dans la condamnation et l'incarcération d'un innocent.

[...]

Le pouvoir discrétionnaire du substitut du procureur-général peut [...] faire l'objet d'un contrôle de la part du juge au procès [...] Dans le cadre de ce contrôle, le ministère public doit justifier son refus de divulguer les renseignements en question. Comme la règle générale consiste à divulguer tous les renseignements pertinents, il faut alors que le ministère public invoque l'application d'une exception à cette règle.

Le juge au procès qui effectue un contrôle doit se laisser guider par le principe général selon lequel il ne faut refuser de divulguer aucun renseignement s'il existe une possibilité raisonnable que la non-divulgaration porte atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière, à moins que cette non-divulgaration ne se justifie par le droit au secret⁵⁸.

56. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

57. [1991] 3 R.C.S. 326.

58. *Ibid.* aux pp. 336 et 340.

On invoqua ce droit à une défense pleine et entière, dans d'autres décisions du même tribunal telles que les affaires *Dersch c. Canada*⁵⁹, *R. c. Chaplin*⁶⁰ et *R. c. Durette*⁶¹ relatives à l'accès aux informations contenues dans la demande d'autorisation d'écoute électronique, ainsi que dans *R. c. Egger* concernant le droit d'obtenir un échantillon de sang pour contre expertise⁶² ainsi que dans des décisions de cours d'appel relatives au droit d'accès aux ampoules ayant servi au fonctionnement des alcootests, ceci pour permettre d'expertiser la qualité de leur solution⁶³.

Cette règle fondamentale peut même, dans certains cas, imposer une asymétrie entre la défense et la Couronne quant aux preuves qui seront admises⁶⁴. David M. Paciocco résume ainsi son étude de la jurisprudence canadienne et britannique pertinente :

Le principe de la divulgation de la preuve exculpatrice, par opposition au principe plus général de la divulgation de la preuve, peut être observé dans les cas où les règles d'administration de la preuve permettent à un accusé de présenter une preuve que ne peut invoquer la couronne. Ces règles trouvent fréquemment leur justification dans la structure contradictoire du processus judiciaire ou dans le fait du préjudice particulier qu'un accusé, par opposition à un simple témoin, pourrait subir par suite de l'exclusion d'une preuve particulière. Par ailleurs, il n'existe souvent aucun fondement sur lequel ces règles puissent reposer, si ce n'est l'affirmation qu'à titre de justice fondamentale, lorsque l'accusé possède de l'information qui pourrait jeter un doute quant à sa culpabilité, il devrait avoir le droit de la

59. [1990] 2 R.C.S. 1505.

60. [1995] 1 R.C.S. 727.

61. [1994] 1 R.C.S. 469.

62. [1993] 2 R.C.S. 451 [ci-après *Egger*].

63. *R. c. Bourget* (1986), 49 Saks. R. 143 (Q.B. Sask.); *R. c. Taylor* (1986), 38 MVR 263 (A.C. B.C.); «Acquittal results from lack of disclosure of test ampoule or test solution» (1993), 8 *Drinking and Driving Law* 67.

64. *R. c. Williams* (1985), 50 O.R. (2^e) 321 (Ont. C.A.) autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée (1986), 50 O.R. (2^e) 321n. (C.S.C.).

présenter sauf lorsque des motifs très convaincants militent en faveur de son exclusion [notre traduction]⁶⁵.

D'ailleurs, cette inadéquation entre les droits accordés à la défense et ceux de la poursuite, fut réitérée dans plusieurs décisions⁶⁶.

Ainsi, on peut lire dans *Stinchcombe*⁶⁷, cause relative à la nécessité pour la poursuite, de divulguer toutes les informations pertinentes à la défense :

L'assertion que cette obligation [devoir de divulgation] devrait être réciproque peut mériter que notre Cour s'y arrête à une autre occasion, mais ne constitue pas un motif valable de libérer le ministère public de son obligation. L'argument contraire ne tient pas compte de la différence fondamentale entre les rôles respectifs de la poursuite et de la défense [...].

J'ajouterais que les fruits de l'enquête qui se trouvent en la possession du substitut du procureur-général n'appartiennent pas au ministère public pour qu'il s'en serve afin d'obtenir une déclaration de culpabilité, mais sont plutôt la propriété du public qui doit être utilisée de manière à s'assurer que justice soit rendue. La défense, par contre, n'est nullement tenue d'aider la poursuite et il lui est loisible de jouer purement et simplement un rôle d'adversaire à l'égard de cette

-
65. D. M. Paciocco, *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*, Toronto, Carswell, 1987, à la p. 215 : «The principle of access to exculpatory evidence, as opposed to the more general principle of access to evidence, can be observed in those cases where the rules of evidence permit an accused to adduce evidence that the Crown cannot. While such rules are often explicable on the basis that evidence can prejudice an accused in a way that it cannot prejudice a mere witness, or because of the adversarial structure of the proceeding, frequently there is no basis upon which they can be accounted for other than the proposition that as a matter of essential justice, where an accused has information that could cast doubt upon his guilt, he should be entitled to call it absent very compelling reasons supporting exclusion».
66. Même en Angleterre, où on ne trouve pas de charte enchâssée, on a néanmoins admis des preuves présentées par la défense qui auraient été jugées irrecevables si apportées par la poursuite, et ce, pour assurer un droit à une défense pleine et entière. Voir : *Lowery c. R.*, [1974] A.C. 85 (P.C.). Paciocco, *supra* note 65 à la p. 201.
67. *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326 à la p. 333.

dernière. L'absence d'une obligation de divulgation peut donc se justifier comme étant compatible avec ce rôle [nos soulignés]⁶⁸.

Ne trouve-t-on pas de nouveau une telle inadéquation dans les décisions *R. c. Wray*⁶⁹ et *R. c. Mohan*⁷⁰, alors que la Cour a établi clairement que le juge a le pouvoir d'exclure une preuve dont la fiabilité est douteuse et dont la réception pourrait néanmoins causer un préjudice grave à l'accusé? Qu'est-ce à dire, sinon qu'en suivant cette règle, il pourrait se présenter des cas où une preuve à l'appui de l'accusation serait rejetée alors qu'une preuve identique qui serait exculpatrice dans une autre instance pourrait, peut-être, être admise.

Le droit d'accès aux spécimens n'est cependant pas absolu; les juges se réservent en effet le droit d'analyser si la demande est frivole, non fondée, si elle n'équivaut qu'à «une expédition de pêche»; ainsi, face à une demande d'accès à un échantillon d'alcool type, suite à un test d'ivressomètre, le juge Bellavance, de la Cour supérieure, écrit :

Je suggère qu'on limite l'obligation de la poursuite à ne fournir de ces éléments que s'il y a un débat ou un, pour prendre l'expression consacrée, air of reality d'une utilité quelconque⁷¹.

Dans *Bourget*⁷², on avait utilisé des ampoules d'alcootest autres que celles recommandées par le manufacturier de l'appareil; à cause de cela, on jugea que la demande d'une ampoule représentative pour en faire expertiser le contenu était recevable. On pourrait, en outre, établir que l'appareil avait été

68. *Ibid.* à la p. 336.

69. *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272. On y lit, dans la décision majoritaire : «Recevoir une preuve pertinente à la question en litige et de grande force probante peut avoir un effet défavorable à l'accusé, sans être inéquitable. C'est seulement le fait de recevoir une preuve fortement préjudiciable à l'accusé et dont la recevabilité tient à une subtilité mais dont la valeur probante à l'égard de la question fondamentale en litige est insignifiante, qui peut être considéré comme inéquitable» (à la p. 293).

70. *ſŕcŕ Mohanſ supra* note ſŕcŕ On peut y lire à la p. 21 : «La preuve qui est, par ailleurs, logiquement pertinente peut être exclue [...] si sa valeur probante est surpassée par son effet préjudiciable». Notons, cependant, que dans sa décision, le juge Sopinka ne distingue pas entre l'applicabilité de cette règle à la poursuite et à la défense.

71. *R. c. Chesnel*, [1999] R.J.Q. 1754 à la p. 1769 (C.S.).

72. *Supra* note 63.

défectueux avant le test en litige ou après, ce qui motiverait la demande. Mais si la défense ne peut établir de raison justifiant une telle demande, le juge peut la déclarer irrecevable; il doit y avoir «possibilité raisonnable que ces renseignements puissent aider l'accusé à présenter une défense pleine et entière»⁷³.

Il ressort de ce que nous venons d'exposer quant au droit d'accès aux spécimens, écrits, échantillons ... sous la garde de l'État, que la demande à cet effet présentée par la défense devra être accueillie plus facilement dans les cas où l'expertise repose sur des fondements fragiles que dans les cas où les assises scientifiques sont fermes, inébranlables, sûres.

Ainsi, à notre avis, il devrait être plus facile de demander d'avoir accès au spécimen ayant fait l'objet d'analyse lorsqu'il s'agit d'un écrit ayant été identifié, d'une marque de peinture ayant fait l'objet d'analyse, des résidus d'incendie ou d'explosion sujets d'examen ... car les fondements scientifiques des dites spécialités sont fragiles et les résultats souvent sujets de débats, objets de scepticisme. Au contraire, d'autres expertises peuvent être présumées exactes (résultats de l'ivressomètre, de l'analyse d'ADN...) et l'accès au spécimen pour contre-analyse ne sera accordée que plus difficilement, le juge exigeant une preuve soulevant un doute sur la fiabilité de l'analyse.

Cette obligation de divulgation du ministère public donne naissance à des obligations corrélatives de conserver les éléments de preuve pertinents⁷⁴ et

73. *Supra* note 60 à la p. 743.

74. Egger, *supra* note 62 à la p. 466 : «le ministère public est tenu de communiquer à l'accusé tous les renseignements qui sont raisonnablement susceptibles d'avoir un effet sur sa capacité d'avoir une défense pleine et entière, et de le faire assez tôt pour laisser à l'accusé suffisamment de temps pour prendre les mesures qu'il est susceptible de prendre et qui ont un effet sur ce droit ou peuvent en avoir un. (...) (à la p. 472) : «Le Code exige seulement que le second échantillon soit gardé pendant trois mois; après ce délai, l'accusé n'a plus de droit légal de l'utiliser et la loi n'exige plus qu'il soit gardé. Toutefois il peut exister une obligation de le garder au-delà du délai de trois mois sur le fondement de l'exigence en matière de divulgation mentionnée précédemment qui découle de l'arrêt *Stinchcombe*» (J. Sopinka) [nos soulignés]. Règle reprise dans *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680 à la p. 691, juge Sopinka : «Le droit à la divulgation serait vide de sens si le ministère public n'était pas tenu de conserver les éléments de preuve qu'on sait pertinents».

d'aviser l'accusé de l'existence de tels éléments⁷⁵. Seule la preuve que des éléments furent perdus pourra parfois amener le juge à conclure qu'il n'y a pas eu violation du droit à la divulgation⁷⁶.

En outre, il ne faudrait pas perdre de vue que le droit à une défense pleine et entière ainsi que celui à la présomption d'innocence pourraient être niés à l'accusé simplement par un juge qui admettrait une preuve technique dont les assises n'auraient pas été établies et contre laquelle la défense n'aurait pu présenter un contre-témoignage pour en limiter l'impact, soit que les ressources à la disposition de l'accusé n'aient pas été suffisantes pour lui permettre de contester⁷⁷, soit que les experts qui auraient pu présenter une critique des conclusions du témoin de la Couronne aient été des étrangers trop éloignés pour venir témoigner. Alors, le risque que les jurés deviennent esclaves des conclusions rapportées par l'expert de la Couronne, établies sur une science ou une technique non validées, serait très grand ... En effet, admettre à l'appui d'une condamnation, à titre d'expertise, l'opinion d'une personne fondée sur une théorie reposant sur des bases fragiles pourrait, dans certains cas, être fortement préjudiciable à l'accusé puisque le jury ne pourrait ordinairement avoir une approche critique face à un scientifique ou à quelqu'un qui se targuerait de l'être.

75. Egger, *ibid.* à la p. 471, juge Sopinka : «... pour exercer son droit de façon intelligente, l'accusé doit savoir qu'il peut obtenir un échantillon. En fait, une telle connaissance est fondamentale à l'exercice du droit : comment un accusé peut-il prendre une décision éclairée sans connaître l'existence de la chose même qu'il peut demander? Si l'accusé n'est pas au courant de l'existence de l'échantillon, le but véritable de ce droit que confère la loi - d'avoir l'occasion d'effectuer une analyse indépendante - est, comme le soutient l'appelant, contrecarré».

76. *R. c. La*, *supra* note 74 à la p. 691, juge Sopinka : «Si les explications du ministère public convainquent le juge du procès que la preuve n'a été ni détruite ni perdue par suite d'une négligence inacceptable, l'obligation de divulgation n'a pas été violée. Toutefois, si le ministère ne parvient pas à convaincre le juge à cet égard, il manque à ses obligations en matière de divulgation et il y a en conséquence violation de l'art. 7 de la Charte ... même la perte d'un élément de preuve pertinent ne constituera pas une violation de l'obligation de divulgation si la conduite de la police était raisonnable. Cependant plus la pertinence d'un élément de preuve est grande, plus de le degré de diligence attendu des policiers pour conserver cette preuve est élevé». Voir aussi : *R. c. Lupien* (1995), 68 C.A.Q. 253.

77. J.R. Morling, *Report of the Royal Commission of Inquiry into the Chamberlain Convictions*, Darwin, Northern Territory, Australie, Government Printer, 1987. Voir aussi : *R. c. Nielsen* (1985), 16 C.C.C. (3^e) 39 aux pp. 68-69 [sur la théorie de l'unicité des empreintes de pied].

Il y a donc trois étapes à passer dans l'analyse de la force probante d'une preuve obtenue au moyen du recours à une technique : l'étude de la fiabilité du principe fondamental qui s'impose particulièrement lors de la présentation des résultats d'une science nouvelle; l'analyse de la valeur de la technique utilisée, pertinente particulièrement lorsque celle-ci n'a pas encore été consacrée; enfin l'examen de l'application au cas concret à l'étude.

Mais, même lorsque toutes ces étapes ont été consciencieusement scrutées, il arrive encore parfois que les conclusions de l'expert forensique et celles des juristes, avocats ou juges, ou encore des membres du jury ne concordent pas. Y a-t-il explications à ces divergences? C'est ce que nous essaierons d'élucider maintenant.

II- Deux cultures scientifiques distinctes : la juridique et la forensique

The scientific method [...] is a way of looking at things⁷⁸.

Each has its own practitioners, language, modes of analysis and standards of validation. The result is confusion, and confusion was correctly identified by Francis Bacon four centuries ago as the most fatal of errors which «occurs wherever argument or inference passes from one world of experience to another»⁷⁹.

The two cultures characteristically pursue fundamentally different ends - verifiable fact for the one, and justice for the other⁸⁰.

Nous voici maintenant rendus à une étape où il importe de tenter d'expliquer les difficultés réciproques de compréhension entre juristes et scientifiques. Il suffit de constater le désarroi de plusieurs juristes lorsqu'ils sont confrontés à une expertise et les transes des experts en criminalistique appliquée qui viennent de finir leur expérience des tribunaux pour sentir qu'il y a un problème de communication.

78. J. I. Thornton, *supra* note 44 à la p. 12.

79. Wilson, *supra* note 28 à la p. 9.

80. P.H. Schuck, «Multi-culturalism Redux : Science, Law and Politics», [1993] Yale L. and Policy Rev. 1 à la p. 23.

Nous en soulèverons trois causes : (1) le rôle des valeurs en droit et en sciences (2) la prise de décision en droit et en sciences et (3) l'hermétisme langagier de chaque savoir. Sous-jacentes à chacune de ces causes, nous constaterons les différences méthodologiques entre le droit et la science.

1. Le rôle des valeurs en droit et en sciences

Le droit est une science normative; il impose des règles de conduite aux citoyens soumis à une autorité étatique; il se justifie en se fondant sur des valeurs généralement partagées, du moins, en démocratie, par la majorité⁸¹.

On comprend déjà que le droit diffère selon les cultures, en effet, il dépend essentiellement de la culture du groupe qu'il régit, c'est-à-dire des valeurs rationnelles et spirituelles formant son patrimoine collectif : modes de vie, mœurs, coutumes ... cette somme des traits distinctifs qu'une communauté acquiert. Le droit est donc, généralement, un phénomène local, distinctif; même dans ce qu'il y a de plus universel, c'est-à-dire les droits de l'homme, l'interprétation de ceux-ci différera souvent suivant la diversité des cultures. Il est donc fort différent, dans son essence même, des sciences expérimentales.

Science normative, donc, qui impose des règles de conduite; règles émanant soit du législateur, soit des tribunaux; elle doit essentiellement dégager et maintenir en la vie sociale un ordre intelligible, juguler le désordre social⁸².

Là n'est pas le rôle de la science expérimentale qui vise essentiellement à accroître la connaissance. La science tend à l'universalité : la règle issue de l'analyse de la matière sera normalement confirmée lorsque acceptée par les savants de toute provenance, utilisant un appareil conceptuel universel, une méthode généralement approuvée. Ce positivisme impose aux scientifiques des

81. P. Patenaude, «La loi : instrument d'éducation populaire ou simple reflet de la volonté générale?» dans A. Mettayer et J. Drapeau, dir., *Droit et morale : valeurs éducatives et culturelles*, Fidès, Montréal, 1987 à la p. 15. Ottawa, Commission du droit du Canada, *Rapport annuel; Le droit vivant*, Ottawa, Commission du droit du Canada, 1997-98 à la p. 2.

82. R. Ouellet, «C'est une révolte - Non, Sire. C'est une révolution» (1999) 30 R.D.U.S. 203.

règles méthodologiques strictes, exigences qui prescrivent, à tout le moins, aux experts forensiques, la neutralité par rapport aux valeurs.

While science seeks to analyse and predict phenomena, law seeks to classify and control conduct. In the most simple and elementary terms it may be said that the function of science is descriptive and that of law is prescriptive. The essential legal function of prescribing norms is not and cannot be scientific in any sense which the contemporary scientific community would recognize as scientific.⁸³

When it enters the courts, science runs into an intricate system of values. To science, although certainly not to scientists, values are nonexistent. Values, however, are the very life of the law. Law is not a science, and the judicial process cannot remain judicial if subsumed by the value-free scientific process⁸⁴.

Jürgen Habermas décrit fort élégamment ces distinctions fondamentales :

Par «travail» ou *activité rationnelle par rapport à une fin*, j'entends ou bien une activité instrumentale, ou bien un choix rationnel ou bien encore une combinaison des deux. L'activité instrumentale obéit à des règles techniques qui se fondent sur un savoir empirique. Dans chacun des cas, ces dernières impliquent des prévisions conditionnelles portant sur des faits observables, tant physiques que sociaux - ces prévisions pouvant se révéler bien fondées ou fausses. Les conduites de choix rationnel se règlent selon des stratégies, qui reposent sur un savoir analytique. Les stratégies impliquent des déductions sur la base de préférence (systèmes de valeurs) et de maximes générales - et ces propositions peuvent être correctement déduites ou non. L'activité rationnelle par rapport à une fin réalise des objectifs définis dans des conditions données; mais, alors que l'activité instrumentale met en oeuvre des moyens qui sont adéquats ou inadéquats par rapport aux

83. L. Loevinger, «Law and Science as Rival Systems» (1967) 19 U. of Fla Rev. à la p. 535; voir aussi : H.L. Korn, «Law, Fact, and Science in Courts» (1966) 66 Colum. L. Rev. 1080 aux pp. 1093-94.

84. H.T. Markey, «Jurisprudence or “Juriscience”» (1984) 25 William and Mary Law Review 525.

critères d'un contrôle efficace par la réalité, l'activité stratégique ne dépend que de l'évaluation correcte des alternatives de comportements possibles, laquelle résulte exclusivement d'une déduction établie avec référence à certaines valeurs et maximes... Alors que la validité des règles techniques et des stratégies dépend de la validité de propositions empiriquement ou analytiquement vraies, celles des normes sociales est fondée sur la seule intersubjectivité de la compréhension des intentions et elle est assurée par la reconnaissance des obligations par tous. L'infraction à la règle entraîne des conséquences différentes selon qu'on a affaire à l'un ou l'autre cas. Un comportement *incompétent*, enfreignant des règles techniques éprouvées ou des stratégies justes, est condamné de lui-même à la faillite par l'échec : la «punition» fait, pour ainsi dire, partie intégrante de l'échec devant la réalité. Un comportement *déviant*, enfreignant des normes en vigueur, provoque des sanctions qui ne sont liées aux règles qu'extérieurement, c'est-à-dire par convention.⁸⁵

Il peut, parfois, se présenter des cas où, à cause d'un conflit de valeurs, le droit choisisse un chemin difficile à comprendre pour un spécialiste des recherches expérimentales : c'est que le droit est un système légal fondé sur des valeurs fondamentales, ayant souvent des assises constitutionnelles, et il arrive que la recherche de la vérité doive s'estomper devant les impératifs jugés supérieurs; parfois même, le droit préférera l'erreur scientifique à cause d'impératifs prépondérants⁸⁶, principalement, ceux de la justice et de la liberté. À cet effet, P.H. Schuck écrit :

Law's version of truth only dimly resembles the version advanced by science. Indeed, the notion of verifiable truth to which scientists appeal in their experiments and research bears almost no relationship to the conception of truth ordinarily pursued in legal proceedings. Legal principles are normative propositions about which particular states of the social world should be sought, not positive statements

85. J. Habernas, *La technique et la science comme «idéologie»*, Gallimard, Paris, 1973 aux pp. 21-23.

86. Schuck, *supra* note 80 aux pages 21-22. Voir aussi : S. Pollack, «Observations on the Adversary System and the Role of the Forensic Scientist : Scientific Truth v. Legal Truth» (1973) 18 *Journal of Forensic Sciences* 173 à la p. 175 : «In the legal system the value of legal justice is primary, not the value of "truth", not even "scientific truth"».

about how the natural or social world does in fact work. Legal principles seek and find their justification in arguments derived from a bewildering array of social policy goals : fairness, efficiency, administrative costs, wealth distribution, and morality, among others. Legal decision-makers balance these goals in non-rigorous, often intuitive ways that are seldom acknowledged and sometimes ineffable. Moreover, courts explicitly invoke other considerations in support of their decisions that are essentially social policies in disguise.⁸⁷

Voyons donc quelques exemples.

a) *Là où la vérité doit laisser place*

Les experts en sciences forensiques ont parfois du mal à comprendre que des preuves scientifiques fort valables soient déclarées inadmissibles par les tribunaux, conformément à l'art. 24(2) de la *Charte canadienne* ou de l'art. 2858 du *Code civil du Québec*, au motif que leur découverte fut faite dans l'irrespect des droits fondamentaux inscrits soit à la *Charte canadienne des droits et libertés*⁸⁸ soit à la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*⁸⁹. Nous avons déjà analysé la portée de ces dispositions⁹⁰; nous nous attarderons ici à tenter d'expliquer le pourquoi de l'incompréhension des scientifiques face aux décisions en irrecevabilité.

Il serait impensable pour un scientifique de faire fi d'une découverte majeure dans son domaine au motif que le chercheur aurait eu une conduite contraire à l'éthique ou à la moralité. Plusieurs, certes, remettraient en question ladite conduite; l'ordre professionnel pourrait sanctionner le fautif; on pourrait entreprendre une poursuite au pénal ou parfois au civil. Mais, si la méthode de recherche est validée, si la découverte est valable, il ne viendrait pas à l'esprit de la communauté scientifique de rejeter celle-ci.

87. Schuck, *ibid.* à la p. 21.

88. *Supra* note 56.

89. L.R.Q. c. C-12.

90. P. Patenaude, «De la recevabilité des preuves obtenues au moyen de l'utilisation par la police de techniques modernes d'enquête et de surveillance» dans P. Patenaude, dir. *Police, techniques modernes d'enquête ou de surveillance et droit de la preuve*, Sherbrooke, Éditions R.D.U.S., 1998, 1.

Il peut en être tout autrement en droit : dans le cadre d'une société libre et démocratique, le droit doit veiller au maintien de la liberté et, pour ce faire, il doit imposer le respect des droits fondamentaux aux enquêteurs, policiers et agents de l'État, et protéger la réputation du pouvoir judiciaire. La lecture des rapports déposés au Comité permanent de la justice et des questions juridiques de la Chambre des communes du Parlement du Canada⁹¹ relatifs au projet d'adoption de la première disposition législative rendant irrecevable, contre l'auteur de la communication ou la personne à laquelle il la destinait, l'enregistrement d'une communication privée illégalement interceptée à l'aide d'un dispositif mécanique, prouve le débat de société sous-jacent à la question. D'ailleurs, le droit britannique juge recevable toute preuve pertinente⁹², exception faite de certaines confessions; tout au contraire le droit américain décrète inadmissibles les preuves obtenues en violation des droits enchâssés à la Constitution⁹³. Le choix entre ces deux extrêmes n'est pas facile! Le constituant canadien (en 1982, c'était encore le Parlement britannique qui pouvait modifier la Constitution canadienne) et le législateur québécois choisirent la voix du compromis : les preuves pertinentes seraient admissibles, à moins que l'on établisse (1) qu'elles ont été obtenues dans des conditions qui portent atteinte aux droits fondamentaux enchâssés et, (2) qu'eu égard aux circonstances, leur utilisation serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Il arrive donc, parfois, que des preuves découlant d'expertises scientifiques très valables, qui permettraient à la vérité d'éclater, soient déclarées irrecevables⁹⁴. On comprend alors la frustration du scientifique!

Prenons un second exemple : un beau dilemme contemporain! La question de savoir si on doit pouvoir ordonner à une personne de subir un test d'ADN dans des cas de recherche ou d'infirmité de paternité.

91. Canada, Chambre des communes, Comité permanent de la justice et des questions juridiques, (27 mai 1969) à la p. 1019 et s., (29 mai 1969) à la p. 1097 et s. et (1969-70).

92. *Kuruma Son of Kaniu c. R.*, [1955] 1 All. E.R. 236 (P.C.).

93. *Katz c. United States*, 389 U.S. 347 (1967); 88 5 CT. 507. *Weeks c. U.S.*, 232 U.S. 383; 34 S. CT. 341 (1914). *Wolf c. Colorado*, 338 U.S. 25; 69 S. CT. 1359 (1949). *Mapp c. Ohio*, 367 U.S. 643; 81 S. Ct. 1684 (1961).

94. Voir : *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607.

Depuis longtemps déjà, les tribunaux avaient fait leur nid quant à l'imposition forcée de prises de sang : en l'absence d'une loi autorisant clairement un tel prélèvement, c'est le principe de l'inviolabilité qui primait⁹⁵.

Le droit préférerait ne pas connaître la vérité à un tel prix : le respect de l'inviolabilité du corps humain était préféré à la découverte de la vérité.

Mais, aujourd'hui, doit-on garder la même règle lorsque le prélèvement s'avère aussi bénin qu'un simple frottis salivaire?

Lors de prélèvement à des fins d'analyse d'ADN, le débat fait encore rage : une des écoles, que les scientifiques peuvent facilement comprendre, serait à l'effet que l'atteinte, étant très légère, la valeur probante de la technique étant très forte, il faille en imposer les prélèvements nécessaires à l'analyse.

Ainsi, la juge Pierrette Rayle, de la Cour supérieure de Montréal, écrivit :

Les tribunaux ont adopté en la matière une position constante en ce qu'il est généralement impossible de contraindre une personne à se soumettre à une expertise sanguine contre son gré eu égard au principe d'inviolabilité de la personne ... (cependant) ... le test d'ADN ... ne requiert plus une prise de sang : un frottis salivaire ou quelques cheveux suffisent ... Le tribunal croit ... que la paix judiciaire vaut bien quelques cheveux ou un peu de salive⁹⁶.

À l'opposé, certains privilégient encore l'inviolabilité du corps humain tant et aussi longtemps que le législateur n'aura pas imposé une limite au droit fondamental. Ainsi, le juge Jean-Jacques Croteau, de la même Cour supérieure a écrit :

95. *Droit de la famille - 2418*, [1996] R.D.F. 443, J.E. 96-1089 (C.A.Q.). *Droit de la famille - 2441* (1996), Montréal 500-09-000968-933, J.E. 96-1301 (C.A.Q.). *Droit de la famille - 2192*, [1995] R.D.F. 196, J.E. 95-1033 (C.A.Q.).

96. *Droit de la famille - 3453*, [1999] R.J.Q. 2968 (C.S.Q.). Voir dans le même sens : *Boivin c. Robert* (5 août 1998), St-François 450-04-002467-982 (C.S.).

Le test d'ADN est un prélèvement et la loi ne prévoit pas de cas où l'on puisse procéder lorsque ce n'est pas requis par l'état de santé du mineur. L'enfant est détenteur de ce droit de protection de son intégrité physique, il est de son intérêt que ce droit fondamental soit respecté⁹⁷.

Beau débat, résultat d'un conflit de valeurs : la recherche de la vérité versus le respect d'un droit fondamental.

Rappelons-nous que le droit criminel a vécu le même dilemme. Ainsi, dans l'affaire *R. c. Stillman*⁹⁸ on a vu la Cour suprême du Canada déclarer inadmissibles des résultats d'analyse d'ADN aux motifs que les échantillons avaient été prélevés sans le consentement du sujet et sans autorisation judiciaire préalable. Quelques extraits du jugement majoritaire méritent notre attention :

[...] lorsque la saisie d'échantillons de substance corporelle n'est pas autorisée par la loi, il faut obtenir le consentement pour que la saisie soit légale⁹⁹.

Il est clair que la saisie des échantillons de cheveux et de poils, des empreintes dentaires et des prélèvements faits dans la bouche a violé l'article 8 de la Charte. À mon avis, elle contrevenait aussi à l'art. 7, étant donné qu'elle violait le droit à la sécurité de la personne d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale. Les éléments de preuve ont été obtenus à la suite d'une violation de la Charte et l'application du par. 24(2) est ainsi déclenchée¹⁰⁰.

Même avant l'enchâssement de la Charte canadienne, la jurisprudence avait consacré la prééminence de l'inviolabilité du corps humain. Soumis à une demande d'autorisation pour effectuer une fouille dans le corps d'un suspect, le juge Huguessen avait alors rédigé cette pièce d'anthologie judiciaire :

97. *Droit de la famille* - 3353 (27 mai 1999), Montréal 500-04-008265-960, AZ-99026406 (C.S.), en ligne : SOQUIJ. Voir dans le même sens : *Droit de la famille* - 2796, [1997] R.J.Q. 2834, J.E. 97-1994 (C.S.Q.), juge Boily.

98. *Supra* note 94.

99. *Ibid.* aux pp. 641-642.

100. *Ibid.* à la p. 649.

The criminal law has always had to strike the precarious balance between the protection of society on the one hand and the protection of the rights of the individual members of such society on the other. Both rights are equally important, but any conflict between them must wherever possible be resolved in a manner most compatible with individual human dignity. The constant preoccupation of our Courts with the protection of the citizen against the state results in the Crown having always to bear the burden in any criminal prosecution. I am not the first judge, and I trust I shall not be the last, to decide that the possibility that some guilty persons may escape the net of justice is not too high a price to pay for the right to live in freedom. If the Crown cannot prove its case against Laporte without doing physical violence to his person then it is better that the case be not proved [nos soulignés]¹⁰¹.

Il demeure néanmoins, que si l'atteinte au corps avait été permise, la vérité aurait pu être connue!

b) Quand la vérité scientifique n'est pas reconnue

Dans une décision relative au droit de la famille, une action en infirmation de paternité, nous pouvons lire sous la plume du juge Claude Tellier :

[...] même si un test d'ADN était effectué, l'une et l'autre des parties, y compris le demandeur, ne seraient pas recevables à invoquer les résultats pour tenter de renverser la présomption¹⁰².

En d'autres termes, à partir du moment où les deux conditions de l'article 530 C.c.Q. sont rencontrées, il est inutile de vouloir procéder à un tel test parce que tel est l'état du droit, c'est-à-dire que, d'une part, on ne pourrait invoquer les résultats quels qu'ils soient et, d'autre part, on ne ferait que susciter des doutes et une ambivalence sur l'identité d'une personne¹⁰³.

101. *Re Laporte and the Queen*, [1972] C.R. (n.s.) 35.

102. C'est-à-dire présomption de paternité lorsque la possession d'état est conforme à l'acte de naissance.

103. *Droit de la famille*-2252, [1996] R.L. 542, [1996] R.D.F. 889 (C.S.Q.).

En l'instance, la stabilité des relations familiales prit le pas sur la vérité scientifique. Mais d'ailleurs qui est le véritable père d'un enfant? Celui qui s'est conduit comme tel pendant de nombreuses années ou celui qui apparaît soudainement avec, en main, un rapport positif d'analyse d'ADN?

Le tribunal a jugé prépondérante la stabilité familiale, choix qu'avait d'ailleurs fait le législateur en édictant lesdites présomptions.

Autre cas : là où la stabilité du droit s'oppose à la précarité de la science.

L'histoire a appris aux scientifiques le sens de la relativité : rien n'est certain, tout doit être constamment remis en question.

En droit tel n'est pas toujours le cas - le droit doit être accessible, compréhensible, et pour cela il doit avoir un certain degré de stabilité. Tout juriste connaît la règle du *stare decisis* à l'effet, du moins dans les juridictions de *Common Law*, que les raisons déterminantes d'une décision rendue par un tribunal s'impose aux juges de même niveau ou de juridiction inférieure. Cette règle fut rendue impérieuse par la nécessité d'avoir un droit unifié qui ne différerait pas selon la vision de chaque juge.

Or, la règle du *stare decisis* cimenterait l'état du droit : conséquemment, il se peut qu'une vérité scientifique perde cette auréole pour devenir subséquemment une erreur mais qu'elle ait servi à établir le droit, alors ce qui est devenu une erreur scientifique peut demeurer règle de droit.

Prenons à titre d'exemple la différence entre taxe directe et taxe indirecte : dès 1887, le Comité judiciaire du Conseil Privé, alors le tribunal de dernière instance en matières constitutionnelles pour le Canada, avait adopté la distinction de John Stuart Mill, penseur éminent de l'époque¹⁰⁴. Or, aujourd'hui, selon plusieurs économistes, la ligne de démarcation élaborée par le savant britannique mériterait d'être revue. Pourtant, elle sert encore de nos jours à titre de norme fondamentale dans les causes relatives au partage juridictionnel en

104. *Bank of Toronto c. Lambe* (1887), 12 A.C. 575 (P.C.).

matière de fiscalité¹⁰⁵. Certains auteurs ont contesté ou encore se sont moqués de cette règle du précédent judiciaire¹⁰⁶, mais elle demeure contraignante et assure la stabilité du droit.

Bref, le lecteur comprend, nous l'espérons, que le juge, dans sa prise de décision, doit tenir compte des valeurs en jeu; que ce facteur est beaucoup plus important en droit qu'en sciences et, qu'en conséquence, la décision jurisprudentielle peut être fort différente des résultats d'expertises.

D'ailleurs, d'autres éléments peuvent amener le juge, ou même parfois le législateur, à ne pas suivre les conclusions des experts; nous nous attarderons maintenant à ces autres motifs de divergence quant à la prise de décision.

2. La prise de décision en jurisprudence et en sciences forensiques

La prise de décision peut parfois différer selon (a) les données présentées au décideur et les questions posées (b) la méthode d'analyse et (c) la formation et l'expérience du décideur. On peut comprendre que, parfois, la décision judiciaire ne soit pas conforme aux conclusions du témoin expert. D'où la frustration fréquente des juristes face aux experts et des experts face aux juristes. Essayons d'exposer rapidement les différentes approches propres aux deux domaines pour, nous l'espérons, désamorcer partiellement cette méfiance réciproque.

105. P. Dussault et N. Ratti, «L'impôt sur le revenu au Canada : éléments fondamentaux» (2^e éd.), Sherbrooke, Éditions R.D.U.S. aux pp. 145 à 147.

106. F.R. Scott, «Some Privy Counsel» (1950) 28 R. du B. can. 780.
«But the judges fidgeted over their digests and blew me away with the canons of construction. [...] Stifling under the burden I raised my hands to Heaven and called out with my last expiring breath. At least you cannot deny I have a new aspect? [...] But all I could hear was the old sing-song, This time in Latin, muttering *stare decisis*».
J. Swift, Gulliver : Voyages en plusieurs pays fort éloignés du monde en quatre parties, Paris, Garnier, 1960 : «S'il arrive aux juges d'avoir tort une fois, ils se font une règle de n'avoir plus jamais raison».

a) *Les données et les questions*

En science, la difficulté de résoudre certains problèmes peut être liée au fait que les questions posées sont inappropriées. Et en posant des questions différentes, on obtient des réponses différentes ... les questions sont plus importantes que les réponses¹⁰⁷.

Tout juriste habile en plaidoirie sait poser les questions de telle manière que le témoin offre la réponse espérée! Il en est de même chez les enquêteurs : puisque leur métier, nous dirons parfois même leur déformation professionnelle, est d'établir la culpabilité du suspect, ils ne présenteront de temps à autre, pour fins d'analyse, que les échantillons qui, à première vue, s'avéreront inculpatatoires. Or, les experts des laboratoires de sciences forensiques ne peuvent analyser que les éléments matériels qui leur sont apportés; de plus, ils sont souvent ignorants des autres éléments pertinents à la cause.

C'est une plainte constante que l'on entend d'ailleurs de la part des experts en criminalistique appliquée qu'ils sont souvent gardés dans l'ignorance de l'existence de spécimens ou de faits qui, s'ils avaient été connus, auraient pu aider à la découverte d'une vérité autre que celle espérée par les enquêteurs¹⁰⁸.

Pourtant, en contrepartie, dans certains cas, ces derniers dévoilent aux analystes des détails morbides, ce qui peut amener l'expert à être biaisé en faveur de la Couronne. Bref, un juste milieu s'impose et les gestionnaires des

107. A. Cuerrier, «Rolf Sattler, Le nouvel esprit scientifique», [1997] 18 (6) Interface 16 à la p. 20.

108. Le directeur du Center of Forensic Sciences of the Ministry of the Solicitor General de l'Ontario, monsieur David Lucas, écrit : «Les policiers contrôlent les données remises aux laboratoires de criminalistique appliquée. Ils décident quels événements feront l'objet d'une enquête, quelle preuve physique sera récoltée, ce qui sera soumis au laboratoire et quelles expertises seront demandées. Une question éthique se pose au scientifique si toute la preuve pertinente n'est pas recueillie et si toutes les expertises pertinentes ne sont pas demandées (ou, pis encore, lorsque des directives sont émises à l'effet de ne pas procéder à certaines expertises)» [notre traduction]. D. M. Lucas, «The Ethical Responsibilities of the Forensic Scientist : Exploring the Limits» (1989) 34 J. Forens. Sc. C.A. 719 à la p. 720.

laboratoires de police scientifique ainsi que des corps policiers doivent s'assurer à cet égard du respect des normes professionnelles.

Tout au contraire, pour le juge, l'expertise n'est qu'un morceau du casse-tête. Il doit, en outre, analyser la valeur des témoignages de ceux qui ont vu, senti ou touché - les observateurs du fait. La connaissance de tous les faits, l'évaluation des témoignages, des plaidoiries peuvent l'amener à une conclusion autre que celle du témoin-expert.

Le juge des faits, alors qu'il doit décider, aura donc une approche holistique : il sera obligé en effet de considérer un ensemble de facteurs en prenant en considération leurs différentes composantes; sa décision dépendra nécessairement des informations qui lui auront été transmises par chacune des parties. On comprend donc que l'éventail des éléments à partir desquels s'effectue l'analyse juridique est beaucoup plus large que celui sous-tendant la recherche scientifique. En effet le scientifique est normalement cantonné dans sa fine spécialisation¹⁰⁹, ce qui est particulièrement vrai de l'expert «forensique» qui, nous l'avons vu ailleurs¹¹⁰, doit le plus possible faire abstraction des autres données du dossier criminel pour se protéger contre les éléments qui pourraient affecter son objectivité.

109. «Scientists, as a rule, do not discover in order to know but rather, as the philosopher Alfred North Whitehead observed, they know in order to discover. They learn what they need to know, often remaining poorly informed about the rest of the world, including most of science for that matter, in order to move speedily to some part of the frontier of science where discoveries are made. Wilson, *supra* note 28 à la p. 61.

110. P. Patenaude, «De l'expertise judiciaire dans le cadre du procès criminel et de la recherche de la vérité : quelques réflexions» (1996-97) 27 R.D.U.S. 1.

b) La méthode d'analyse

La certitude scientifique n'équivaut pas toujours à la conviction juridique; particulièrement lorsqu'il s'agit du droit criminel. Dans un procès, les faits matériels ne sont souvent que vérités partielles. Plusieurs autres données doivent être prises en considération¹¹¹.

Le scientifique doit laisser place au scepticisme ou, du moins au relativisme : le doute est toujours le moteur de l'évolution, il aiguillonne le chercheur! En contrepartie, cependant, le subjectivisme doit, dans la mesure du possible, être exclu!

Mais, en matière criminelle, la preuve de la culpabilité doit être faite hors de tout doute raisonnable. Le juge des faits est prisonnier de cette règle : si la preuve de la culpabilité est défailante, si elle ouvre une lézarde dans la conviction, il doit libérer l'accusé. Or, parfois la décision de relaxer sera incompatible avec le rapport de l'expert; c'est que d'autres preuves, souvent non scientifiques, auront réussi à soulever le doute.

Nous avons, précédemment, présenté le rôle des valeurs en droit. Or, la liberté est fondamentale dans un système de démocratie libérale et la présomption d'innocence en est un corollaire. Le procès criminel en est profondément marqué.

Tel n'est pas le cas au niveau de l'expertise forensique : l'expert saisi d'une demande d'analyse d'une preuve matérielle ou d'un indice l'est par les enquêteurs. Le scientifique devient dès lors partie du processus d'enquête; il doit certes être soustrait le plus possible à toute influence extérieure, nous

111. À ce sujet, le professeur Yves-Marie Morissette écrit : «Chaque cas étant rendu unique par la façon dont on l'appréhende, il ne peut y avoir de nouvelles ou d'additionnelles itérations du même cas. Est donc exclu le recours à une méthode expérimentale qui soumettrait à l'attention de plusieurs juges, ou de plusieurs formations de jugement, la même espèce exactement, à partir des mêmes preuves, et comportant la même plaidoirie, afin de voir si effectivement la capacité des institutions juridiques d'apporter les mêmes solutions aux mêmes problèmes se vérifie dans tous les cas, ou dans un nombre statistiquement significatif d'entre eux.» «Rationalité juridique» (2000) 45 R.D. de McGill 591 à la p. 603.

l'avons déjà vu¹¹². Néanmoins, en pratique, s'il y a alors des pressions indues, elles proviennent soit de la part des enquêteurs policiers, soit des procureurs de la Couronne. En fait, il y a souvent à ce niveau une présomption de culpabilité ...! L'expert doit chercher des indices pour que l'enquête se continue dans une direction prometteuse; ensuite, l'agent enquêteur cherche à faire confirmer par l'analyse des indices les conclusions auxquelles il est parvenu; enfin, les laboratoires de criminalistique appliquée étant soit situés dans des locaux des organismes étatiques de police, soit pire, sous gestion directe des corps policiers¹¹³, ils risquent de partager la philosophie ambiante qui n'est pas favorable au suspect.

Un autre aspect de la méthode de l'analyse juridique est tout à fait étranger à l'analyse scientifique : le principe de la *mens rea*. Alors que l'expert forensique étudie la matière dans l'espoir d'y découvrir des éléments de preuve incriminants ou exculpatatoires, selon le cas, le juge a la tâche, en dernière instance, de décider de la culpabilité; il doit certes prendre en considération les preuves matérielles, mais doit aussi, l'idéal de la justice l'exige, analyser si l'accusé avait, lorsqu'il agit, l'intention coupable (*Actus non facit reum nisi mens sit rea*). En règle générale, une infraction criminelle ne peut exister sans qu'une forme d'élément de faute soit rattachée à un élément essentiel de l'infraction. On cherche ainsi à éviter de punir des personnes moralement et mentalement innocentes¹¹⁴. Issu de la Common Law, ce principe a été élevé, au Canada, au rang de garantie constitutionnelle¹¹⁵. Voilà un bel exemple de valeur fondamentale qui, dans certains cas, doit avoir prépondérance sur la vérité

112. *Supra* note 110 aux pp. 40-48.

113. *Ibid.* aux pp. 40-41.

114. À ce sujet, l'extrait suivant rédigé par le juge Dickson (diss.) dans la décision *Leary c. R.*, [1978] 1 R.C.S. 29 à la p. 34 est éclairant : «Le principe selon lequel un tribunal ne devrait conclure à la culpabilité d'une personne en droit criminel que si elle était malintentionnée existe dans tous les systèmes de droit pénal civilisés. Il repose sur le respect de la personne et la notion de libre arbitre. Toute personne est responsable de sa volonté. Lorsqu'en exerçant son libre choix, un membre de la société adopte une conduite nuisible ou socialement inacceptable, contraire au droit criminel, il doit accepter les peines qu'impose la loi pour décourager de tels comportements. La justice n'exige rien de moins. Cependant, pour être qualifié de criminel, l'acte reproché doit avoir été accompli consciemment. Pour qu'un délinquant soit passible d'une peine, le crime doit nécessairement comporter un élément mental et un élément matériel».

115. *Renvoi : Motor Vehicle Act de C.B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Pontes*, [1995] 3 R.C.S. 44.

scientifique lors de la prise de décision judiciaire. Ici, il s'agit souvent d'une question de sentiment : certes le décideur peut être aidé par des expertises psychologiques ou psychiatriques; mais sa conviction profonde viendra de l'écoute et de l'analyse de tous les témoignages et des arguments soulevés par les plaideurs. Et, en la matière, le principe scientifique de la causalité n'est pas pertinent. Le juge doit alors s'aventurer dans les arcanes de la pensée, déterminer l'état d'esprit de l'accusé de façon subjective¹¹⁶. Nous sommes alors dans le domaine de l'incommensurable! «[L]e juriste travaille sur une matière première qui est oeuvre humaine et donc inévitablement sujette à erreurs, lacunes et indéterminations»¹¹⁷.

Fort heureusement, l'être humain n'est pas totalement soumis à la règle inexorable des causes à effets propres à la matière; la liberté humaine amène parfois le sujet à faire des choix inexplicables par la simple loi du déterminisme matérialiste; et ici se trouve la spécificité de l'humain et, en même temps, son caractère, souvent imprévisible, qui transcende la simple étude de la matière. Le juge est donc appelé à scruter au-delà des preuves obtenues par analyse en laboratoire. Le positivisme scientifique a donc peu de place ici¹¹⁸.

Donc, dans son travail d'analyse, le juge doit prendre en considération les valeurs, l'éthique, la morale. Le témoin expert, quant à lui, doit s'abstenir d'y référer :

Juries decide facts; the judges rules on the law; the value judgment appropriate to the outcome are reflected in the law.

116. G. Côté-Harper, P. Rainville et J. Turgeon, *Traité de droit pénal canadien* (4^e éd.), Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1998 à la p. 361.

117. L. Raucourt, *Pour une théorie critique du droit*, Gembloux, Belgique, J. Duculot, 1975.

118. J.-R. Ladmiral, «Préface», J. Habermas, *La technique et la science comme «idéologie»*, Paris, Gallimard, 1973 à la p. VII décrit ainsi le positivisme : «Le positivisme est cette façon d'hypostasier la science au point d'en faire comme l'équivalent d'une nouvelle foi, donnant réponse à tout. Le technicisme aboutit à faire en quelque sorte fonctionner le savoir scientifique et plus encore la technique, qui en est l'application, en tant qu'idéologie et à en attendre des solutions pour la totalité des problèmes qui se posent à nous».

Witnesses testify only to the things relevant to the jury's function. Thus no expert should be allowed to testify on issues of right or wrong, good or bad¹¹⁹.

Voilà donc, la répartition classique!

L'élément humain est donc un facteur appréciable en droit, sûrement beaucoup plus crucial qu'en sciences expérimentales.

Il faut opérer une disjonction entre ces deux variétés de certitude. Alors qu'une certitude mathématique se place à l'abri de tout doute, il se glisse dans la certitude morale plus qu'une nuance d'hésitation. Impliquant l'adhésion du sujet, elle est empreinte de subjectivisme; ce qui est certain pour Pierre ne l'est pas pour Paul, pareil relativisme caractérisant le modèle de certitude que le juge confère au droit [...].

À l'incertitude du droit correspond plutôt, selon le langage des Réalistes américains, la notion d'indétermination (indeterminacy). En mathématiques, on tient pour indéterminé un problème qui a un nombre indéterminé de solutions et ici on se trouve très proche de l'incertitude ou de l'indétermination du droit¹²⁰. [...]

[S]i les sciences exactes utilisent la rationalité formelle, c'est qu'elles travaillent sur un objet dont la vérité ne peut être contestée (nature, axiome ...). Au contraire, le juriste travaille sur une matière première qui est oeuvre humaine et donc inévitablement sujette à erreurs lacunes et indéterminations...¹²¹

Et, pourtant, le juge doit trancher, il doit résoudre le litige qui lui est présenté¹²² et ce, le plus rapidement possible et souvent de façon beaucoup plus

119. Faigman *et al.* (vol. 3), *supra* note 30 à la p. 14.

120. F. Rigaux, «Juge, arbitre de la certitude du droit» dans E. MacKaay, dir., *Les certitudes du droit*, Montréal, Thémis, 2000 à la p. 18.

121. Raucent, *supra* note 117 à la p. 239. Voir aussi : J.P. Bono, «The Forensic Scientist in the Judicial System» (1981) 9 Jour. Pol. Sc. and Adm. 160 à la p. 64 : «Law is essentially a social profession more concerned with man and the human condition».

122. H.M. Hart et J.T. McNaughton, «Some Aspects of Evidence and Inference in the Law» dans D. Lerner, dir., *Evidence and Inference; The Hayden Colloquium on Scientific Concept and Method*, Illinois, Free Press, 1959, 53.

péremptoire que l'expert : il ne peut, dans sa décision, témoigner de la moindre hésitation - «je déclare que A est coupable dans un pourcentage de ...». On comprend que les décisions majoritaires des cours d'appel soient souvent accompagnées de fortes dissidences.

Il existe un autre facteur de différenciation entre la prise de décision juridique et celle purement scientifique : l'établissement du lien de causalité.

La méthode scientifique la plus conventionnelle est l'expérience en laboratoire. Le scientifique est alors en mesure d'exercer un contrôle rigoureux sur chacune des étapes de sa démarche. L'élément humain ne doit pas, en temps ordinaire, venir perturber cette atmosphère «aseptisée». Pour le juriste-plaideur ou juge, la situation est toute autre. Monsieur le professeur Daniel Jutras en donne une illustration :

[D]ans l'analyse de la causalité, la science procède à des expériences dont elle contrôle les conditions, et recherche des conclusions générales, valables pour le grand nombre, appuyées sur l'observation de la répétition d'un processus causal qui est confirmé par l'absence d'un nombre significatif de résultats qui mettent en doute l'application avancée. L'autorité scientifique d'une explication causale dépend largement de la méthodologie expérimentale, qui doit être conforme aux pratiques scientifiques reconnues. L'explication causale en droit, au contraire, n'a pas de valeur générale. Elle se limite au litige, et est formulée de manière rétrospective à des fins d'attribution de responsabilité. Elle est fondée sur une croyance qui résulte de la balance des probabilités¹²³.

Pour le scientifique, la théorie des probabilités mathématiques est un élément majeur de décision : les expériences empiriques peuvent, parfois,

123. D. Jutras, «Expertise scientifique et causalité», [1992] Congrès annuel du Barreau du Québec 897 à la p. 903. Voir aussi : K. Lippel, «L'incertitude des probabilités en droit et en médecine» (1992) 22 R.D.U.S. 445; K. Lippel, K. Messins, S. Stock et N. Vézina, «La preuve de la causalité et l'indemnisation des lésions attribuables au travail répétitif : rencontre des sciences de la santé et du droit (1999) 17 Recueil annuel de Windsor d'accès à la justice 36-85.

l'amener à élaborer qu'une constante rend quasi universels la norme, la mesure ou le protocole.

Behind every opinion rendered by a forensic scientist there is a statistical basis¹²⁴.

Pour le juge, l'important n'est pas le pourcentage mais bien de s'assurer qu'en l'instance, il y eut bel et bien concrétisation de la quasi-constance scientifique.

Dans l'affaire *Kumho* alors qu'on cherchait la cause d'un accident et qu'une preuve de probabilité mathématique avait été présentée à l'effet que l'usure des pneus aurait été responsable de celui-ci, la Cour suprême des États-Unis eut l'occasion d'établir les limites de la preuve :

For one thing, and contrary to respondent's suggestion, the specific issue before the court was not the reasonableness in general of a tire expert's use of visual and tactile inspection to determine whether overdeflation had caused the tire's tread to separate from its steel-belted carcass. Rather, it was the reasonableness of using such an approach, along with Carlson's particular method of analysing the data thereby obtained to draw a conclusion regarding the particular matter to which the expert testimony was correctly relevant [...]. The relevant issue was whether the expert could reliably determine the cause of this tire's separation [nos soulignés]¹²⁵.

Cet extrait campe très bien une des différences majeures entre la décision jurisprudentielle et celle des scientifiques empiriques et expérimentaux. Plusieurs conclusions de ces derniers reposent sur la théorie des probabilités mathématiques et se fondent sur des règles générales, des principes dominants, souvent universels, à tout le moins habituels. Le juge, au contraire, doit décider d'un cas concret, unique. Certains, d'ailleurs, soulignent que la théorie traditionnelle de la probabilité, s'applique difficilement à l'adjudication des faits

124. J. I. Thornton dans Faigman *et al.* (vol. 2), *supra* note 6 à la p. 20.

125. *Supra* note 13 à la p. 1177.

en matières civile¹²⁶; chose certaine, elle ne peut être un élément concluant en matière criminelle! Tout au plus pourrait-elle dans de rares cas faire partie d'une stratégie visant à créer, par un ensemble, une conviction chez le juge des faits. L'affaire américaine *People c. Collins* illustre bien ce constat : là un vol avait été commis par un noir qui avait rejoint une blonde dans une voiture jaune; la poursuite avait présenté une expertise en probabilité mathématique à l'effet qu'il n'y aurait à Los Angeles qu'une possibilité sur 12 millions que l'on retrouve un tel assortiment. Cette expertise ne fut pas jugée concluante quant à la culpabilité des accusés¹²⁷.

-
126. L. Cohen, *The probable and the provable* (1977), Brillmayer & Kornhauser, «Review : Quantitative Methods and Legal Decisions» (1978) 46 U. Ch. L. Rev. 116. J. Brook, «Des erreurs inévitables : le principe de la prépondérance de la preuve en matière civile» (1984-85) 15 R.D.U.S. 79. J. Flemming, «Probabilistic Causation in Tort Law» (1989) 68 R. du B. can. 661.
127. *People c. Collins*, 438 P (2^e) 33 (Sup. Ct. Cal.) à la p. 39. «In the *Sneed* case, the Court reversed a conviction based on probabilistic evidence, stating «we hold that mathematical odds are not admissible as evidence to identify a defendant in a criminal proceeding so long as the odds are based on estimates, the validity of which have [sic] not been demonstrated (414 P. 2d p. 862)». «... we think that the entire enterprise upon which the prosecution embarked and which was directed to the objective of measuring the likelihood of a random couple possessing the characteristics allegedly distinguishing the robbers, was gravely misguided. At best, it might yield an estimate as how infrequently bearded negroes drive yellow cars in the company of blonde females with ponytails. The prosecution's approach, however, could furnish the jury with absolutely no guidance on the crucial issue : *of the admitted few such couples, which one, if any, was guilty of committing this robbery?* Probability theory necessarily remains silent on that question, since no mathematical equation can prove beyond a reasonable doubt (1) that the guilty couple *in fact* possessed the characteristics described by the People's witnesses, or even (2) that *only one* couple possessing those distinctive characteristics could be found in the entire Los Angeles area. ... no mathematical formula could ever establish beyond a reasonable doubt that the prosecution's witnesses correctly observed and accurately described the distinctive features which were employed to link defendants to the crime (see 2 Wigmore on Evidence (3rd ed. 1940) p. 478)» (à la p. 40). Voir aussi : *State c. Boyd* 331 N.W. 2d 480 (Minn. 1983) «there is real danger that the jury will use the evidence as a measure of the probability of the defendant's guilt or innocence, and that the evidence will thereby undermine the presumption of innocence, erode the values served by the reasonable doubt standard, and dehumanize our system of justice» (à la p. 483). *State c. Carlson*, 267 N.W. 2d 170 (1978) (Minn. S. Ct.). Tribe, «Trial by mathematics» 84 Harv. L. Rev. 1329.

Le lecteur nous excusera, nous l'espérons, de rapporter maintenant un fait vécu, anecdotique, mais qui, à notre avis, illustre bien ce fait : il y a quelques années, nous fûmes invité par le Département de *mathématiques* d'une université québécoise à prendre la parole sur les preuves scientifiques et techniques et ce, devant professeurs et étudiants au doctorat. Après notre exposé, arrive la période de questions - tout semble bien aller!

Mais un professeur de *probabilités mathématiques* avait déjà eu des problèmes avec la batterie de sa voiture. Celle-ci avait rendu l'âme avant la fin de la période de garantie. Il intenta donc une poursuite au fabricant, prépara un savant exposé, avec acétates à l'appui, sur la théorie des probabilités mathématiques, plaida sa cause devant un aréopage de collègues et d'étudiants mathématiciens à l'effet que ces batteries étaient défectueuses dans 82 % des cas.

Or, à la suite de son long et savant exposé, le juge lui a tout simplement demandé : avez-vous apporté le contrat d'achat de ladite batterie? Avez-vous amené votre garagiste pour témoigner à l'effet que ladite batterie a été défectueuse avant la fin de la garantie? Non! Alors, le juge conclut que la preuve n'avait pas été faite, que le professeur n'avait pas su prouver que *sa* batterie était effectivement morte avant la fin de *sa* garantie.

Ce collègue mathématicien n'attendait que la venue d'un juriste dans ses murs pour prendre une bonne revanche; nous dûmes alors prendre la défense du droit, lui expliquer le peu d'intérêt que le droit porte à la théorie des probabilités mathématiques à l'état pur, détailler qu'il eût fallu joindre à son savant exposé la preuve que *sa* batterie avait effectivement rendu l'âme avant la fin de *sa* garantie ... bref, nous eûmes à régler son cas avant de poursuivre une discussion plus «académique» avec les autres collègues.

L'extrait suivant, tiré du jugement majoritaire rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Laferrière c. Lawson*, une cause en matière civile, s'avère fort pertinent :

Les affaires où la preuve est mince ou apparemment peu concluante présentent la plus grande difficulté. Il vaut peut-être la peine de redire qu'un juge sera influencé par les avis d'experts scientifiques exprimés

sous forme de probabilités statistiques ou d'échantillonnages, mais il n'est pas lié par ce genre de preuve. Les conclusions scientifiques ne sont pas identiques aux conclusions juridiques. Récemment, notre Cour a dit clairement dans l'arrêt *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311, que «[l]a causalité n'a pas à être déterminée avec une précision scientifique» (p. 328) et qu'«il n'est pas essentiel que les experts médicaux donnent un avis ferme à l'appui de la théorie de la causalité du demandeur» (p. 330). Notre Cour et la Cour d'appel du Québec ont fréquemment affirmé qu'il faut que la preuve du lien causal soit établie selon la prépondérance des probabilités compte tenu de toute la preuve soumise, c'est-à-dire la preuve factuelle, la preuve statistique et les faits dont le juge peut présumer l'existence. (Voir, par exemple, *Shawinigan Engineering Company v. Naud*, [1929] R.C.S. 341, aux pp. 343 à 345; *Morin c. Blais*, [1977] 1 R.C.S. 570, à la p. 580; *Laurentide Motels Ltd c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, à la p. 808; *J.E. Construction Inc. c. General Motors du Canada Ltée*, [1985] C.A. 275, à la p. 278; *Dodds c. Schierz*, [1986] R.J.Q. 2623 (C.A.), aux pp. 2635 et 2636).

Si on prend comme exemple le cas où un médecin néglige d'utiliser la procédure recommandée dont on dit qu'elle comporte cinquante pour cent de chances d'entraîner une guérison complète, un juge n'est pas nécessairement lié par l'avis d'experts qui refusent de conclure que l'application de la procédure en cause au patient lui aurait évité l'état d'aggravation dans lequel il se trouve. Le juge pourrait fort bien être justifié de conclure que la procédure en cause aurait probablement été bénéfique pour le patient, si d'autres facteurs particuliers à ce demandeur étayaient cette conclusion. Le devoir du juge consiste à évaluer le préjudice subi par un patient déterminé et non à demeurer figé par une abstraction statistique.

[...]

Le demandeur peut invoquer, pour établir sa preuve, des présomptions (comme celles de l'art. 1205 *C.c.B.-C.*), des faits et des statistiques qui aideront le juge à apprécier ce que le juge Moisan décrit bien comme «la conduite [...] raisonnable et prudent[e]», «l'ordre naturel des choses», «l'enchaînement habituel des causes et des effets» et, de façon générale, «le déroulement normal et courant des événements». Le juge voudra porter particulièrement attention aux différentes

propriétés causales de la faute du médecin ainsi qu'au caractère particulier du préjudice qui s'est manifesté. Dans certains cas où la faute comporte un danger manifeste pour la santé et la sécurité du patient et où ce danger s'est réalisé, il peut être logique pour le juge de présumer l'existence du lien de causalité entre la faute et ce préjudice «sous réserve d'une démonstration ou d'une forte indication du contraire» (*Morin c. Blais*, précité, à la p. 580, le juge Beetz). Si, après avoir tout considéré, le juge n'est pas convaincu que la faute a, selon son évaluation de la prépondérance des probabilités, causé quelque préjudice au patient, il doit refuser l'indemnisation. Faire autrement reviendrait à assujettir les médecins à un régime exceptionnel de responsabilité civile.

[...]

La causalité en droit n'est pas identique à la causalité scientifique.

La causalité en droit doit être établie selon la prépondérance des probabilités, compte tenu de toute la preuve, c'est-à-dire la preuve factuelle, la preuve statistique et les présomptions.

[...]

Une preuve statistique peut être utile à titre indicatif, mais elle n'est pas déterminante. Plus précisément, lorsqu'une preuve statistique n'établit pas la causalité selon la prépondérance des probabilités, la causalité en droit peut quand même exister lorsque l'ensemble de la preuve étaye une telle conclusion.

[...]

Si après considération de ces facteurs, le juge n'est pas convaincu, d'après son évaluation de la prépondérance des probabilités, que la faute a causé un préjudice réel quelconque, il doit rejeter la demande d'indemnisation.» [nos soulignés]¹²⁸.

128. *Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 541 aux pp. 606-609.

Plusieurs domaines d'expertise reposent sur la théorie des probabilités mathématiques. Ainsi, on l'a vu précédemment, c'est le cas de l'identification par comparaison d'ADN. Or, même si l'expert peut être convaincu par l'exactitude de ses conclusions au moyen de chiffres faramineux (ex : 1 sur 23.8 millions, ou 1 sur 55 millions), on préférera que ledit expert s'abstienne de rapporter de telles statistiques, de peur que le juge des faits ne soit complètement subjugué par elles et n'oublie, en conséquence, les autres éléments de la preuve¹²⁹. Il en serait de même lors d'analyses autres qui auraient pu amener l'expert à soumettre des statistiques exorbitantes¹³⁰.

Mais il n'y a pas que la technique d'identification par analyse d'ADN qui repose sur une théorie des probabilités mathématiques : les identifications de comparaison de cheveux, de sang ou encore celle de la voix au moyen de la technique spectrographique reposent toutes sur le principe de l'individualité, et ce dernier est tiré de spéculations mathématiques. Que dire maintenant de l'odontologie judiciaire?

c) La formation et l'expérience du décideur

Scientific «truths» are established when the validity of a proposition is proven to the satisfaction of a prudent and rational mind. Legal «truths» are not established by the exercise of the scientific method, but by the processes of the adversary system»¹³¹.

Cette affirmation nous semble douteuse : elle peut avoir une certaine validité dans les systèmes de *Common Law*, là où le juge, dans le cadre d'une affaire particulière, crée le droit; mais elle nous semble inexacte pour les systèmes de droit civil, alors la structure fondamentale du droit en est une éminemment logique, issue d'un rationalisme rigoureux!

Mais, dans le cadre d'une instance particulière, d'un jugement, il est vrai que la décision résulte d'un débat entre adversaires et que le résultat peut dépendre grandement de la prestation des opposants.

129. *Supra* note 5 et *State c. Schwartz*, 447 N.W. 2d 422 (Minn. 1989).

130. *Supra* note 127.

131. Faigman *et al.* (vol. 2), *supra* note 6 à la p. 4.

Enfin, la «déformation professionnelle» agit sûrement sur le décideur : alors que le scientifique jauge la valeur d'une conclusion en se fondant presque exclusivement sur les résultats d'une analyse de la méthodologie scientifique suivie, le juge étudie la crédibilité du témoin pour arbitrer qui dit la vérité. «Science is what one does to build knowledge, not what someone is» affirment les professeurs Faigman, Kaye, Saks et Sanders¹³²; cela est vrai. Et devant les tribunaux, le décideur est grandement influencé par la personnalité du témoin.

En outre, nous l'avons vu, alors que le juriste a été formé à prendre en compte les valeurs (ou encore aurait dû l'être ...!), à faire de la praxie, l'expert est soumis à de stricts canons méthodologiques des sciences exactes, exigences exclusives de tout autre type de connaissance, particulièrement quant aux valeurs. Bref, ces différences dans la formation de chacun peuvent les amener parfois à des conclusions dissemblables.

3. L'hermétisme langagier

Babel est toujours présente : il est parfois plus facile de comprendre l'essentiel du message d'un allophone de la même profession que de saisir les subtilités de la communication d'un expert versé dans une science qui n'est pas la nôtre.

Les experts forensiques savent ce qu'il en est de l'incompréhension de leurs propos de la part des juges des faits. Le spécialiste Léo Lavergne témoigne éloquentement de ce fait :

... le témoin-expert devra ramener la terminologie des questions en un vocabulaire accessible au jury, expliquer les nouveaux termes que ces derniers ont entendu ... De cette manière, le témoin-expert conserve le contrôle sur la valeur de son message, gagne en crédibilité devant

132. Faigman *et al.* (vol. 1), *supra* note 30 à la p. 48.

le jury qui comprend ... ce spécialiste qui sait s'exprimer et se faire comprendre.¹³³

Fort bien! Mais cette capacité à la vulgarisation n'est pas donnée à tous les témoins-experts. La plupart n'ont pas une expérience des tribunaux équivalente à celle du docteur Lavergne, ils n'ont pas eu le bénéfice de la formation offerte par les laboratoires d'expertises judiciaires à leurs nouveaux membres. Bref, leur hyper spécialisation, l'atomisation des connaissances, les frontières hermétiques de chaque discipline, le vocabulaire propre à chacune, amène parfois une détestable confusion!

Nous-mêmes juristes, sommes mal placés pour lancer la première pierre. Rappelons-nous un instant notre propension à utiliser quelques expressions latines, remémorons-nous nos difficultés à saisir le vocabulaire juridique lors des premiers mois en tant qu'étudiant(e)s à la faculté!

De nouveau, nous sollicitons l'indulgence des lecteurs puisque nous ferons appel à notre propre expérience : il y a plusieurs années de celà, nous avons invité un expert en thermographie spinale pour nous expliquer l'utilisation potentielle de cette technique pour quantifier la douleur. C'était un francophone, nous présumions que le savant saurait se faire comprendre. Mais voilà! Dès qu'il aborda son exposé technique, il utilisa une langue d'un hermétisme tel que nous fûmes nous-même tout à fait incapable de formuler une question relative à son exposé ...

Bref, un effort de vulgarisation serait apprécié de part et d'autre!

133. L. Lavergne, «Deux aspects de l'identification génétique en médecine légale : la position du généticien dans ce nouvel environnement et l'évaluation de la rareté des profils génétiques» dans C. Hennau-Hublet et B.M. Knoppers, *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1997 à la p. 47.

Conclusion

Érigé sur les valeurs, le droit impose le «devoir être» et, à ce titre, il peut parfois être incompatible avec «l'être», sujet des sciences expérimentales. Indépendamment du débat sur la source du droit entre les transcendentalistes (la norme venant d'une autorité supérieure) et les matérialistes ou empiristes (la norme étant le produit d'une simple évolution matérielle), force est de constater que la norme, établie soit par les législateurs soit par les juges, ne concorde pas toujours avec la science. Kant a bien établi que le principe de cause à effet est le propre de la nature alors que le choix moral, qui transcende l'instinct, est le propre de l'humain, créature rationnelle, certes, mais qui parfois, fait des choix dont les fondements semblent d'une rationalité douteuse! Cette mouvance, le juge doit y imposer des balises de façon à l'harmoniser aux valeurs reconnues.

Ici est le domaine du droit : la quête de la justice, celle de l'équité est fondamentalement une étude des valeurs et praxie au cas concret. Le tout découle de choix exercés, dans les régimes démocratiques, par le peuple, représenté par des élus, ou parfois par les juges.

Ce «devoir être» n'est pas toujours le miroir de la nature humaine mais bien celui de la volonté soit populaire soit du dirigeant politique.

Liberté et matière : la coalescence n'est pas atteinte! Décision forensique et décision judiciaire : les paradigmes différents rendent chimérique l'adéquation, la concordance parfaite. Mieux vaut comprendre les différences méthodologiques et paradygmiques pour mieux saisir les divergences dans les points de vue.

Alors, dans le respect mutuel, la collaboration demeure féconde.

Pour atteindre ce but, une connaissance minimale des principes fondamentaux des savoirs réciproques s'avère un préalable; d'où la nécessité d'une formation universitaire ouverte à la multi-disciplinarité, particulièrement pour les futurs juristes qui oeuvreront avec des témoins-experts, auront à évaluer leurs conclusions et à les soumettre à la «torture» du contre-interrogatoire.

L'interdépendance est nécessaire; mieux vaut alors chercher à briser la balkanisation spécialisée en initiant un processus dynamique d'ajustement et de compréhension réciproque.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA RESPONSABILITÉ CIVILE POUR LA FAUTE DE LA SAGE-FEMME :
DES PROJETS-PILOTES À LA LÉGALISATION

Auteur(s) : Caroline SIMARD

Revue : RDUS, 2001-2002, volume 32, numéro 1

Pages : 59-192

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12323>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12323>

Page vide laissée intentionnellement.

LA RESPONSABILITÉ CIVILE POUR LA FAUTE DE LA SAGE-FEMME : DES PROJETS-PILOTES À LA LÉGALISATION*

par Caroline SIMARD**

Cet ouvrage se veut une analyse de la responsabilité civile pour la faute de la sage-femme compte tenu de la légalisation de cette profession au Québec. Tout au long de son étude, l'auteure tente de démontrer, à partir du cadre légal qui prévalait dans les projets-pilotes, les conséquences juridiques et pratiques de l'intégration des sages-femmes à titre d'entrepreneures indépendantes au sein du réseau de la santé et des services sociaux québécois.

L'essai se divise en deux parties. La première se consacre à l'analyse de la responsabilité pour la faute de la sage-femme employée dans le cadre des projets-pilotes. L'auteure y expose d'abord les considérations juridiques générales quant aux principaux intervenants pour présenter ensuite une application de ces règles à la pratique en maison de naissance. La seconde partie se concentre sur l'analyse de ces mêmes règles, à la différence que la sage-femme est intégrée dans les centres hospitaliers et les CLSC en tant qu'entrepreneure indépendante. Cette partie démontre à quel point le fondement du recours et les conséquences légales pour les victimes varient selon le statut de la sage-femme. En guise de conclusion, l'auteure dénonce le contexte hautement politisé du dossier sage-femme ainsi que l'impact néfaste sur la poursuite en responsabilité civile des victimes d'une faute commise par une sage-femme entrepreneure.

This text analyzes the civil liability of midwives in view of the legalization of that profession in the Province of Quebec. Throughout her study, the writer seeks to demonstrate, from the legal structure that prevailed in the pilot projects, the legal and practical consequences of introducing midwives as independent contractors within the Quebec health and social services system.

There are two parts to this essay. The first deals with civil liability for the negligence of the midwife employed within a pilot project. Beginning with the juridical principles governing the participants, the writer provides an application of these rules to midwifery practice in birth centres. The second part looks at the same rules but applied in the context of midwives working in hospitals and CLSC's as independent entrepreneurs. The outcome of this analysis demonstrates how the status of the midwife can affect the legal grounds of any claims to which victims may be entitled. As a general conclusion, the writer describes the highly politicized and controversial context which lead to the legalization of midwifery and she establishes the negative impact on the victims of negligence committed by midwives who are independent contractors.

*. Ce texte a été réalisé dans le cadre de la Maîtrise en droit de la santé à l'Université de Sherbrooke.

**. Avocate, Déléguée de la Commissaire aux plaintes en matière de santé et de services sociaux et Chargée de cours à la Faculté de droit de l'Université Laval. L'auteure remercie le professeur François Tôth de l'Université de Sherbrooke pour ses précieux commentaires. Les opinions exprimées dans cet article n'engagent que leur auteure.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	65
PARTIE I LA RESPONSABILITÉ POUR LA FAUTE DE LA SAGE-FEMME DANS LE CADRE DES PROJETS-PILOTES	68
1. CADRE JURIDIQUE POUR LES PRINCIPAUX INTERVENANTS	72
1.1 LA SAGE-FEMME	73
1.1.1 Qualification de la relation juridique parturiente / sage-femme	75
1.1.2 Obligations	78
a) Obligation de renseigner	79
b) Obligation de soigner	82
c) Obligation de suivre	87
d) Le secret professionnel	90
1.1.3 Intensité de l'obligation et norme de conduite	92
1.2 LE CENTRE LOCAL DE SERVICES COMMUNAUTAIRES	96
1.2.1 Qualification de la relation juridique parturiente / CLSC	96
1.2.2 Intensité de l'obligation	99
1.2.3 Titulaires du recours	100
a) Victimes immédiates	101
b) Victimes par ricochet	102
1.2.4 Indemnisation	105
a) Partage de responsabilité	106
b) Assurance-responsabilité	108
2. LA PRATIQUE EN MAISON DE NAISSANCE	109
2.1 SANS INTERVENTION D'UN MÉDECIN	111
2.1.1 La participation de la sage-femme jumelle	112

2.1.2	La participation de l'aide natale	114
2.1.3	L'utilisation du matériel d'obstétrique et de maternité	115
2.2	AVEC L'INTERVENTION D'UN MÉDECIN	116
2.2.1	La consultation	117
2.2.2	Le suivi conjoint	121
2.2.3	Le transfert	124

PARTIE II	LA RESPONSABILITÉ POUR LA FAUTE DE LA SAGE-FEMME DANS LE CADRE DE LA LOI SUR LES SAGES-FEMMES	130
1.	LA SAGE-FEMME DE PRATIQUE PRIVÉE, NON RATTACHÉE À UN CLSC	135
1.1	CADRE JURIDIQUE	135
1.1.1	Qualification de la relation juridique parturiente / sage-femme	136
1.1.2	Obligations	137
1.1.3	Intensité de l'obligation et norme de conduite	143
1.1.4	Assurance-responsabilité	144
1.2	LA PRATIQUE À DOMICILE	148
1.2.1	Sans intervention d'un médecin	150
a)	La participation de la sage- femme jumelle	150
b)	La participation de l'aide natale	153
1.2.2	Avec l'intervention d'un médecin	155
a)	La consultation	155
b)	Le suivi conjoint	158
c)	Le transfert	159
2.	LA SAGE-FEMME RATTACHÉE PAR CONTRAT DE SERVICES AU C.L.S.C.	162
2.1	ENTENTE PRÉALABLE PARTURIENTE / SAGE-FEMME	163

2.1.1	Aucune entente CLSC / centre hospitalier selon l'article 259.10 L.S.S.S.S.	164
a)	La sage-femme	164
b)	Le CLSC	167
c)	Le centre hospitalier	171
2.1.2	Entente CLSC / centre hospitalier selon l'article 259.10 L.S.S.S.S.	174
a)	La sage-femme	177
b)	Le CLSC	178
c)	Le centre hospitalier	178
2.2	AUCUNE ENTENTE PRÉALABLE PARTURIENTE / SAGE-FEMME	182
2.2.1	Aucune entente CLSC / centre hospitalier selon l'article 259.10 L.S.S.S.S.	182
2.2.2	Entente CLSC / centre hospitalier selon l'article 259.10 L.S.S.S.S.	185
	CONCLUSION	188
ANNEXE 1	DÉFINITION INTERNATIONALE DE LA SAGE-FEMME	190
ANNEXE 2	SYNTHÈSE DU CHAMP DE PRATIQUE DES SAGES-FEMMES INSPIRÉE PAR LES PAYS MEMBRES DE LA COMMUNAUTÉ ÉCONOMIQUE EUROPÉENNE	191
ANNEXE 3	LISTE D'ACTES SAGES-FEMMES AUTORISÉS ..	193
ANNEXE 4	LISTE DE MÉDICAMENTS AUTORISÉS	200
ANNEXE 5	CODE INTERNATIONAL DE DÉONTOLOGIE DES SAGES-FEMMES	208

(2001) 32 R.D.U.S.	<i>La responsabilité civile pour la faute de la sage-femme : des projets-pilotes à la légalisation</i>	63
--------------------	--	----

ANNEXE 6	PROCESSUS DE PLAINTÉ DANS LE CADRE DES PROJETS-PILOTES	211
-----------------	---	------------

ANNEXE 7	PROCESSUS DE PLAINTÉ DANS LE CADRE DE LA <i>LOI SUR LES SAGES-FEMMES</i>, L.Q. 1999, c. 24	212
-----------------	---	------------

INTRODUCTION

L'histoire témoigne de la présence continue des sages-femmes dans tout ce qui est relié à la naissance. La reconnaissance de la légitimité de cette pratique a toutefois varié selon les époques. Alors que traditionnellement, la majorité des femmes accouchaient avec l'aide d'une sage-femme, le XIX^e siècle marque, au Canada et au Québec, le début de la disparition de cette profession au profit des médecins. L'avènement d'une nouvelle technologie (les forceps) conjuguée au développement rapide de la science sont les principales raisons de l'essor de la profession médicale dans le domaine de l'obstétrique¹. C'est ainsi qu'au début du XX^e siècle, on ne dénombrait plus au Québec qu'une trentaine de femmes ayant le titre de sage-femme².

Dans les années 1970, alors que le contexte socio-politique québécois est façonné par des réformes d'envergure, notamment dans le système de santé, les femmes revendiquent une plus grande humanisation et une meilleure continuité dans les soins reçus lors de la grossesse et de l'accouchement. Appuyées par l'opinion publique et par une réforme qui préconise une médecine préventive et communautaire³, elles entreprennent alors plusieurs démarches dans le but d'acquérir une reconnaissance professionnelle, avec comme but ultime la légalisation de leur pratique. En 1990, elles obtiennent l'autorisation dans le cadre de projets-pilotes⁴ de procurer des soins aux femmes qui présentent une grossesse normale. L'objectif du gouvernement est alors d'évaluer les effets de cette pratique sur les soins reçus par les femmes enceintes. Le mois de juin 1998 marque la fin de l'expérimentation avec la décision du gouvernement de reconnaître et de légaliser définitivement la

-
1. N. Bolduc, *Le pouvoir des médecins dans le processus d'émergence et d'élaboration de la Loi sur la pratique des sages-femmes dans le cadre de projets-pilotes*, mémoire de maîtrise en sciences sociales, Sainte-Foy, Université Laval, 1995 [non publié] à la p. 30.
 2. Équipe d'évaluation des projets-pilotes sages-femmes, *Évaluation des projets-pilotes de la pratique des sages-femmes au Québec*, Rapport final présenté au Conseil d'évaluation des projets-pilotes de la pratique des sages-femmes, Québec, 1997 à la p. 16.
 3. Commission d'enquête sur la santé et le bien-être social, *La santé*, t. 2, vol. IV, Rapport CESBES, Québec, 1970.
 4. *Loi sur la pratique des sages-femmes dans le cadre de projets-pilotes*, L.R.Q. c. P-16.1 [ci-après *Loi sur les projets-pilotes*].

profession de sage-femme au Québec pour septembre 1999⁵. Intégrées au système de santé périnatale, les sages-femmes pourront pratiquer des accouchements en CLSC et en centre hospitalier⁶.

Cette question de l'intégration de la sage-femme en périnatalité⁷ a des conséquences sur la responsabilité civile des établissements de santé et des différents intervenants qui y oeuvrent. En effet, au cours des trente dernières années, les recours légaux dans le domaine de la santé, notamment en gynécologie-obstétrique, se sont multipliés. Le droit a eu l'occasion, à maintes

-
5. *Loi prolongeant l'effet de certaines dispositions de la Loi sur la pratique des sages-femmes dans le cadre de projets-pilotes*, L.Q. 1998, c. 26, art. 1; *Loi sur les sages-femmes*, L.Q. 1999, c. 24 (présentée à l'Assemblée nationale le 11 mai 1999 et sanctionnée le 19 juin 1999), art. 82; Québec, Ministère de la Santé et des Services Sociaux et Office des professions du Québec, *Pratique des sages-femmes : Recommandations ministérielles*, 1998 à la p. 25.
 6. *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 5, art. 35 (ajoutant les articles 259.2 et 259.10 à la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q. c. S-4.2 [ci-après *L.S.S.S.S.*]). Les accouchements à domicile seront possibles quand le gouvernement aura encadré cette pratique, suite à quelques années d'expérience : voir Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, (2 juin 1999) à la p. 2117 (1^{re} session, 36^e législature, n^o 39); K. Gagnon, «Les futures mères ne pourront toujours pas accoucher à domicile», *La Presse [de Montréal]* (17 juin 1999) A5.
 7. M. Garnier et V. Delamare, *Dictionnaire des termes de médecine*, 24^e éd., Paris, Maloine, 1995, s.v. «périnatalité» : «[...] l'ensemble des conditions et des soins qui entourent la naissance de l'enfant avant, pendant et après la grossesse»; quant à la période périnatale, elle se définit en termes médicaux comme étant celle «[...] allant du 154^e jour de la gestation au 7^e jour après la naissance». Néanmoins, le gouvernement du Québec a adopté une définition plus large dans : Ministère de la Santé et des Services Sociaux, *Politique de périnatalité*, Québec, 1993, p. 15 : «La période périnatale débute lors de la prise de décision d'avoir un enfant ou lors de sa conception et s'étend jusqu'à ce que l'enfant ait au moins un an.». Ainsi, la période périnatale comprend les périodes prénatale (ou *antepartum*), perinatale (ou *intrapartum*) et postnatale (ou *postpartum*). La période prénatale se définit comme étant celle située avant la naissance tandis que la période perinatale désigne le travail et l'accouchement. Quant à la période postnatale, elle représente ce qui survient après l'accouchement : voir Équipe d'évaluation des projets-pilotes sages-femmes, *supra* note 2 aux pp. 191-205. Enfin, la période néonatale se définit comme étant les «[p]remiers jours de la vie, après lesquels le nouveau-né devient nourrisson jusqu'à la fin de la seconde année». Toutes ces définitions expliquent que plusieurs professionnels oeuvrent en périnatalité, dont les obstétriciens-gynécologues, omnipraticiens exerçant l'obstétrique, infirmières en obstétrique des hôpitaux, infirmières en périnatalité des CLSC, médecins à l'urgence, pédiatres, travailleurs sociaux et psychologues.

reprises et non sans peine, d'ausculter les obligations des centres hospitaliers, médecins, infirmières et autres professionnels de la santé pour identifier la responsabilité personnelle de chacun lors de la survenance d'un dommage. Puis, la notion de responsabilité pour la faute d'autrui s'est greffée au domaine médical et a rendu encore plus complexe la maîtrise des principes juridiques à la base de la responsabilité civile médico-hospitalière. L'ajout d'une nouvelle intervenante en obstétrique et en périnatalité peut certes provoquer une incertitude supplémentaire sur cette question. Tout au long de cette étude, nous nous intéresserons donc à la responsabilité pour la faute des sages-femmes et démontrerons, à partir du cadre légal qui prévalait dans les projets-pilotes, les conséquences juridiques et pratiques de leur intégration à titre d'entrepreneures indépendantes au sein du réseau de la santé et des services sociaux.

Cet essai se divise en deux parties. La première se consacre à l'analyse de la responsabilité pour la faute de la sage-femme employée dans le cadre des projets-pilotes. Nous exposons d'abord les considérations juridiques générales quant aux principaux intervenants, soit la sage-femme et le centre local de services communautaires (CLSC). Nous présentons ensuite une application de ces règles à la pratique en maison de naissance en examinant d'une part les situations exemptes de l'intervention d'un médecin et d'autre part, les cas qui nécessitent le recours à l'obstétricien-gynécologue ou à l'urgentologue. La seconde partie se concentre sur l'étude de ces mêmes règles, à la différence qu'elle se fonde sur l'intégration de la sage-femme dans la santé périnatale des centres hospitaliers et des CLSC. et sur la reconnaissance de son statut d'entrepreneure indépendante. Selon que la sage-femme est rattachée ou non à un CLSC par contrat de services, nous exposons la responsabilité en démontrant que le fondement du recours ainsi que les conséquences légales pour les victimes varient selon le statut de la sage-femme, la poursuite étant donc tributaire de la relation qui unit cette dernière à l'établissement.

PARTIE I LA RESPONSABILITÉ POUR LA FAUTE DE LA SAGE-FEMME DANS LE CADRE DES PROJETS-PILOTES

Bien que la pratique des sages-femmes comporte des dimensions éthique et historique non négligeables, nous laisserons à d'autres le soin d'entretenir le lecteur sur ces questions. Néanmoins, avant d'entrer au coeur de notre sujet et pour situer davantage le cadre de cette étude, nous croyons qu'il est indispensable de présenter un bref aperçu du contexte entourant la légalisation de la profession de sage-femme au Québec, depuis l'adoption de la *Loi sur la pratique des sages-femmes dans le cadre de projets-pilotes*⁸.

En vertu de cette loi, communément appelée la *Loi 4*⁹, la pratique des sages-femmes a été autorisée à titre expérimental pour une période de six ans suite à l'entrée en vigueur du premier *Règlement sur les critères généraux de compétence et de formation des sages-femmes*¹⁰, soit le 24 septembre 1992. Bien que les objectifs poursuivis par le législateur y aient été clairement définis, la loi visait en définitive à déterminer l'opportunité de permettre ou non la pratique des sages-femmes et, le cas échéant, à en définir l'organisation professionnelle de même que le mode d'intégration dans l'équipe de périnatalité¹¹. Le 16 juin 1998, l'Assemblée nationale a adopté le *Projet de loi 417*¹², qui prolonge l'effet de certaines dispositions de la *Loi sur les projets-pilotes*¹³ et qui reporte ainsi

8. *Supra* note 4.

9. Le projet de loi 156 qui visait à permettre la pratique des sages-femmes dans le cadre de projets-pilotes est mort au feuillet lors des élections de 1989. Il a été déposé de nouveau avec des modifications substantielles par Marc-Yvan Côté qui a succédé à madame Lavoie-Roux à la tête du ministère de la Santé et des Services sociaux. C'était le projet de loi 4, dont la présentation a eu lieu en novembre 1989 : *Loi sur la pratique des sages-femmes dans le cadre de projets-pilotes*, L.Q. 1990 c. 12. Cette loi a été refondue et porte maintenant la référence du chapitre P-16.1 des Lois refondues du Québec, mais les gens du milieu continuent de l'appeler la *Loi 4*.

10. *Règlement sur les critères généraux de compétence et de formation des sages-femmes dans le cadre de projets-pilotes*, R.R.Q. c. P-16.1, r.0.1 (publié à la G.O.Q., partie II, le 9 septembre 1992 et entré en vigueur quinze jours après sa publication).

11. *Loi sur les projets-pilotes*, *supra* note 4, art. 1, al. 2.

12. *Loi prolongeant l'effet de certaines dispositions de la loi sur la pratique des sages-femmes dans le cadre de projets-pilotes*, *supra* note 5.

13. *Supra* note 4.

l'échéance de ces derniers au 24 septembre 1999 ou à une date fixée par décret du gouvernement, laquelle ne peut être postérieure au 24 septembre 1999¹⁴. Deux éléments ont permis à Jean Rochon, alors ministre de la Santé et des Services sociaux, de justifier ce délai supplémentaire d'un an. D'abord, l'Office des professions devait mener une consultation spécifique pour déterminer le type de structure professionnelle approprié pour les sages-femmes¹⁵. Ensuite, le nombre de mortinaissances constatées pendant l'évaluation des projets-pilotes¹⁶ a dépassé la moyenne internationale, atteignant le nombre de sept¹⁷. L'année additionnelle permettrait, d'une part, au Conseil d'évaluation des projets-pilotes et au Conseil d'évaluation des technologies d'apprécier les performances des sages-femmes québécoises par rapport à la moyenne internationale et d'autre part, au gouvernement d'adapter la formation sage-femme si la tendance à la

-
14. *Ibid.*, art. 1; *Loi sur les sages-femmes*, supra note 5, art. 82 : les dispositions concernant le droit professionnel et l'ordre des sages-femmes (articles 1 à 5, 16 à 20, 48 à 56, 62, 63, 71 à 76 et 78) entrent en vigueur le 30 juin 1999, alors que toutes les autres dispositions entrent en vigueur le 24 septembre 1999.
 15. Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, (22 avril 1998) aux pp. 10871-72 (2^e session, 35^e législature, vol. 35, n^o 169).
 16. L'évaluation n'aura duré qu'un an et demi, s'étendant de février 1995 à décembre 1996 dans sept projets-pilotes : ce sont les maisons de naissance de l'Estrie à Sherbrooke, l'Outaouais à Gatineau, Mimosa à St-Romuald, Lac-Saint-Louis à Pointe-Claire, Côte-des-Neiges à Montréal, Colette-Julien à Mont-Joli et Le Norois à Alma (fermée depuis avril 1996).
 17. Québec, Ministre de la Santé et des Services Sociaux, Conseil d'évaluation des projets-pilotes, *Projets-pilotes sages-femmes : rapport final et recommandations*, Québec, 1997 à la p. 48 : «[...] cette question reste préoccupante»; Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, (2 juin 1999) à la p. 2103 (1^{re} session, 36^e législature, n^{os} 39) (Adoption du principe) : «[...] le taux de mortinaissance atteint 7.3%, excluant les malformations congénitales majeures, chez les clientes des sages-femmes, alors qu'il est de 4.3%, incluant les malformations congénitales, chez les patientes de médecins.»; J.-F. Lépine, «Les sages-femmes», Société Radio-Canada, émission *Zone Libre* (11 juin 1999) : sur 3000 naissances, on a dénombré au cours de l'évaluation deux fois plus de mortinaissances que dans le système de santé «conventionnel». Notons que le Conseil d'évaluation des technologies de la santé (C.E.T.S.) a répertorié 19 cas de mortinaissances dans les grossesses suivies par les sages-femmes dans les maisons de naissance, depuis leur ouverture jusqu'au 30 août 1998. Ces 19 cas représentent un taux de mortinaissances supérieur au taux provincial. Bien que les travaux du C.E.T.S. indiquent que «la littérature scientifique n'est pas concluante sur l'association entre les mortinaissances et la pratique sage-femme», il est utile de souligner que dans les études répertoriées, «aucune n'a impliqué des sages-femmes pratiquant dans un contexte comparable à celui dans lequel les maisons de naissance ont été introduite au Québec» : voir Québec, Ministre de la Santé et des Services Sociaux, Conseil d'évaluation des technologies de la santé du Québec, *Les mortinaissances dans le cadre des projets-pilotes de la pratique des sages-femmes au Québec*, Montréal, 1999, pp. iii et 25.

hausse du nombre de mortinaissances se confirmait¹⁸. Après cette échéance, les recommandations ministérielles sont à l'effet «d'intégrer les sages-femmes en périnatalité et [...] rendre possible l'accouchement en centre hospitalier par des sages-femmes pour septembre 1999»¹⁹.

Dans les projets-pilotes, le statut juridique des sages-femmes ne pose aucune difficulté puisque la loi leur confère celui d'employées²⁰. À l'origine, un établissement public, tel que défini à la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*²¹ et exploité soit par un centre hospitalier, soit par un centre local de services communautaires ou les deux conjointement²², pouvait élaborer un projet-pilote. Néanmoins, seuls les CLSC ont instauré cette structure d'expérimentation de la pratique sage-femme en raison principalement de

-
18. Québec, Commission des affaires sociales, *Journal des Débats*, (3 juin 1998, 16h00) à la p. 11657 (1^{re} session, 36^e législature). Précisons que le gouvernement a commandé une étude poussée sur la question des mortinaissances, mais a décidé de légaliser la profession avant même que cette étude ne soit terminée. Ce n'est qu'en juillet 1999, soit un mois après la sanction de la *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 5, que le Conseil d'évaluation des technologies de la santé a déposé son rapport sur les mortinaissances : Conseil d'évaluation des technologies de la santé du Québec, *ibid*.
 19. Ministère de la Santé et des Services Sociaux, Office des professions du Québec, *supra* note 5 aux pp. 25-26. Notons que sur cette question, la *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 5, stipule que l'accouchement en centre hospitalier assisté par une sage-femme n'est possible que lorsqu'il existe une entente à cet effet entre l'établissement qui exploite le centre hospitalier et celui qui exploite le CLSC parrain. Cette entente n'est pas obligatoire (article 35, concernant l'ajout de l'article 259.10 *L.S.S.S.*, *supra* note 6.). Ce changement par rapport aux recommandations ministérielles résulte en grande partie de tensions interprofessionnelles et du fait que les sages-femmes désirent préserver le plus d'autonomie possible dans leur pratique, ce qui serait difficile, selon elles, à proximité du département d'obstétrique.
 20. *Loi sur les projets-pilotes*, *supra* note 4, art. 9-10 : la sage-femme est employée par contrat par l'établissement responsable et sa rémunération est fixée par le gouvernement. Le contrat de travail obéit également aux règles des articles 2085 et suivants du *Code civil du Québec*. Dans la décision *Syndicat des travailleurs du C.L.S.C. Lac Saint-Louis c. C.L.S.C. Lac Saint-Louis*, [1997] A.Q. n° 1324 (Tribunal du travail du Québec) en ligne : QL, le juge a réaffirmé l'obligation d'un contrat individuel de travail entre la sage-femme et l'établissement responsable et précisé que ce contrat était régi par le *Code civil*.
 21. *L.S.S.S.*, *supra* note 6; les projets-pilotes pouvaient également être élaborés par un établissement public visé par la *Loi sur les services de santé et les services sociaux pour les autochtones cris*, L.R.Q. c. S-5.
 22. *Loi sur les projets-pilotes*, *supra* note 4, art. 4-5, al. 1 (1).

conflits interprofessionnels dans le domaine de l'obstétrique et de la périnatalité. Évidemment, si les hôpitaux avaient élaboré des projets-pilotes tel que l'autorisait la loi, les sages-femmes y auraient été employées comme dans les CLSC, puisque assujetties aux mêmes dispositions légales²³. Le 11 mai 1999, le *Projet de loi 28* portant sur les sages-femmes a été présenté à l'Assemblée nationale par madame Linda Goupil, ministre responsable de l'application des lois professionnelles²⁴. Sanctionné tout juste avant la clôture de la session parlementaire, soit le 19 juin 1999²⁵, il stipule que les sages-femmes des projets-pilotes continuent d'exercer leur profession en vertu de leur contrat de travail jusqu'au 31 mars 2000 ou à une date déterminée par le gouvernement²⁶. Par conséquent, les sages-femmes demeurent, jusqu'à cette échéance, employées et préposées des CLSC.

Bien que nous y reviendrons dans la seconde partie de cet essai, mentionnons que la sage-femme devient par la suite une entrepreneure indépendante au sein du réseau de santé et, plus particulièrement, de l'entreprise de soins. Alors que la Société des obstétriciens-gynécologues du Canada (S.O.G.C.) et le Conseil du statut de la femme (C.S.F.) préconisaient qu'elles conservent leur statut d'employées²⁷, le Conseil d'évaluation des projets-pilotes a plutôt recommandé que les sages-femmes deviennent des entrepreneures indépendantes et autonomes²⁸. La *Loi sur les sages-femmes* prévoit finalement l'établissement de contrats de services entre les sages-femmes et les établissements désignés par la régie régionale qui exploitent des CLSC²⁹ ainsi que la possibilité pour ceux-ci et les centres hospitaliers de conclure des ententes qui permettraient aux sages-femmes d'assister des accouchements dans les

23. *Ibid.*, art. 9-10.

24. Provincial P.L. 28, *Loi sur les sages-femmes*, 1^{re} session, 36^e lég., Québec, 1999 (Présentation le 11 mai 1999).

25. Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, (17 juin 1999) aux pp. 2745 et s. (1^{re} session, 36^e législature n° 48).

26. *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 5, art. 67.

27. Conseil du statut de la femme, *Réaction du CSF au Projet de loi sur la pratique des sages-femmes dans le cadre de projets-pilotes*, Québec, 1989 à la p. 11; Société des obstétriciens-gynécologues du Canada, *Intégration des sages-femmes au sein des équipes de soins de santé*, 1998.

28. Conseil d'évaluation des projets-pilotes, *supra* note 17 aux pp. 75, 77.

29. *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 5, art. 35 (ajoutant les articles 259.2-259.5 à la L.S.S.S.).

hôpitaux³⁰. Précisons que le rattachement par contrat de services répond aux demandes des sages-femmes de pratiquer en toute autonomie et d'exercer un pouvoir de décision quant à l'application et l'exécution des actes cliniques qui relèvent de leur compétence sans la supervision ni sous l'autorité d'un autre professionnel³¹.

Après avoir exposé le contexte entourant la légalisation de la profession et l'intégration des sages-femmes en santé périnatale, nous analyserons la responsabilité qui incombe aux principaux intervenants dans les projets-pilotes.

1. CADRE JURIDIQUE POUR LES PRINCIPAUX INTERVENANTS

D'emblée, précisons que trois conditions sont essentielles pour engager la responsabilité civile dans notre droit : une faute, un dommage et un lien causal entre ces deux premiers éléments³². Le domaine de la santé n'échappe pas à cette équation centenaire qui commande chez tout professionnel de la santé le respect des règles de son art et la conformité de ses agissements aux «standards généralement reconnus dans le milieu»³³. Il en va de même du centre local de services communautaires, aspect dont nous traitons à la sous-section 1.2.2.

30. *Ibid.*, (ajoutant les articles 259.10 et 259.11 à la L.S.S.S.S.); voir la partie II aux sections 2.1.2 et 2.2.2, ci-dessous.

31. Conseil d'évaluation des projets-pilotes, *supra* note 17 aux pp. 62, 75; Ministère de la Santé et des Services Sociaux, Office des professions du Québec, *supra* note 5 à la p. 15; Québec, Commission des institutions, *Journal des débats*, (11 juin 1999, 21h30) (1^{re} session, 36^e législature) : «elles vont être maintenant partenaires par contrat à l'établissement» (ministre Linda Goupil).

32. J.-L. Baudouin et P. Deslauriers, *La responsabilité civile*, 5^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1998 à la p. 341, n° 509.

33. P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *Éléments de responsabilité civile médicale*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1995 à la p. 39 : il en va ainsi la plupart du temps en présence d'une obligation de moyens, mais le critère du «bon père de famille» est insuffisant en présence d'une obligation de résultat. Voir la sous-section 1.1.3, «Intensité de l'obligation et norme de conduite» .

Bien que plusieurs professionnels oeuvrent en périnatalité³⁴ et interagissent dans ce domaine, nous avons choisi, par souci de concision, de traiter plus particulièrement de la sage-femme et du CLSC. Comme la mise en oeuvre de la responsabilité pour la faute d'autrui de ce dernier passe nécessairement par la responsabilité personnelle de la sage-femme, nous débuterons notre étude par les règles juridiques qui se rapportent à celle-ci.

1.1 LA SAGE-FEMME

L'annexe 1 fait état de la définition internationale de la sage-femme, adoptée en 1972 par la Confédération internationale des sages-femmes. Professionnelle de la santé, elle y est décrite sur la base de sa formation et de son rôle auprès de la femme enceinte et du nouveau-né³⁵. Nous jugeons primordial d'y référer le lecteur puisqu'en plus d'avoir été reprise par la Fédération internationale des obstétriciens-gynécologues (F.I.G.O.) et par l'Organisation mondiale de la santé (O.M.S.), cette définition constitue le fondement de la pratique sage-femme dans les projets-pilotes et est traduite dans la loi 4 de la façon suivante :

Dans le cadre des projets-pilotes, constitue l'exercice de la pratique des sages-femmes tout acte qui a pour objet de procurer à une femme les soins et les services requis par son état lors de la grossesse, du travail, de l'accouchement et de la période postnatale. L'exercice de la pratique des sages-femmes comprend notamment l'éducation prénatale et postnatale des parents, les soins préventifs, le dépistage de conditions anormales chez la femme ou le nouveau-né, l'accouchement, les soins à donner à la femme et au nouveau-né et la planification familiale.

Une sage-femme peut en outre, dans l'exercice de sa pratique, effectuer un examen vaginal à l'aide d'un spéculum, pratiquer une

34. *Supra* note 7.

35. Notons que la sage-femme intervient pendant les périodes pré, per et postnatale, jusqu'à six semaines après la naissance du bébé : voir Conseil d'évaluation des projets-pilotes, *supra* note 17 à la p. 73.

amniotomie, une épisiotomie et sa réparation ainsi que la réparation d'une lacération mineure du périnée³⁶.

La pratique consiste donc à prodiguer des soins et procurer des services aux femmes qui présentent une grossesse normale³⁷. Précisons que ce rôle demeurera essentiellement le même suite à l'intégration de la sage-femme dans le système de santé périnatale puisque la nouvelle *Loi*³⁸ définit un champ d'exercice à partir de ce qui est prévu dans la *Loi 4*, enrichi des éléments contenus à la définition internationale des sages-femmes et de la synthèse inspirée par les membres de la Communauté économique européenne³⁹. C'est le *Règlement sur les risques obstétricaux et néonataux*⁴⁰ qui définit et encadre de façon très précise le concept de «normalité». Lorsqu'une des situations du règlement se réalise, la sage-femme des projets-pilotes doit obligatoirement transférer la parturiente à un médecin, hormis les cas où celui-ci accepte un suivi conjoint⁴¹. Ce règlement est toutefois appelé à être réformé pour permettre la consultation d'un médecin dans les situations qui y sont énumérées et non plus obligatoirement le transfert⁴². D'ailleurs, la nouvelle loi prévoit que les sages-femmes peuvent :

[...] déterminer les cas présentant un risque pour la femme ou son enfant, pendant la grossesse, le travail, l'accouchement et les six premières semaines de la période postnatale, et nécessitant en conséquence une consultation d'un médecin ou un transfert de la

36. *Loi sur les projets-pilotes, supra* note 4, art. 2.

37. *Ibid.*, art. 2, 5, 8.

38. *Loi sur les sages-femmes, supra* note 5, art. 6 : cet article prévoit que la sage-femme peut assurer le suivi de grossesses normales; voir la partie II ci-dessous.

39. Ministère de la Santé et des Services Sociaux, Office des professions du Québec, *supra* note 5 aux pp. 13, 15; voir Annexe 2.

40. *Règlement sur les risques obstétricaux et néonataux*, R.R.Q. c. P-16.1, r.2 [ci-après *Règlement sur les risques*].

41. *Loi sur les projets-pilotes, supra* note 4, art. 8 et 23, al. 2 : la sage-femme peut toutefois prodiguer des soins et procurer des services à une femme dont la condition présente un risque particulier ou évolue avec complication, en cas d'urgence ou lors d'un suivi conjoint avec le médecin.

42. Conseil d'évaluation des projets-pilotes, *supra* note 17 aux pp. 61, 132-133; Ministère de la Santé et des Services Sociaux, Office des professions du Québec, *supra* note 5 à la p. 13; voir l'introduction de la partie II ci-dessous.

responsabilité clinique à un médecin, ainsi que les conditions dans lesquelles cette consultation ou ce transfert doit être effectué⁴³. (Nous soulignons).

Évidemment, rien n'interdit aux sages-femmes des projets-pilotes de consulter un médecin en dehors des situations prévues par le règlement⁴⁴. À titre d'exemple, les consultations peuvent porter sur la vérification de l'éligibilité de la cliente eu égard aux risques obstétricaux et le transfert s'effectue dès lors que ce risque est décelé.

Voyons plus particulièrement les éléments de responsabilité pour la sage-femme employée, en commençant par l'analyse des liens juridiques entretenus avec la future mère.

1.1.1 Qualification de la relation juridique parturiente / sage-femme

Quelle que soit la nature des rapports juridiques qui unissent parturiente et sage-femme, celle-ci doit répondre de ses fautes si elle en commet. L'importance de qualifier en droit la relation réside plutôt dans l'identification du régime juridique applicable, contractuel ou extracontractuel, avec les conséquences qui s'ensuivent⁴⁵. Parmi celles-ci, mentionnons l'influence sur les règles de la responsabilité pour la faute d'autrui, qui est le coeur même de la présente étude, de même que sur la solidarité⁴⁶. La détermination de la relation entre la parturiente et le CLSC⁴⁷ influence tout autant et de façon parallèle le régime de la responsabilité pour la faute d'autrui.

C'est l'analyse concrète des rapports entre la patiente et la sage-femme qui lui prodigue des soins qui permet de déterminer les règles de droit qui gouvernent cette relation. À ce titre, nous reprenons les propos fort éloquents du professeur Crépeau :

43. *Loi sur les sages-femmes, supra* note 5, art. 5, al. 1(3).

44. *Règlement sur les risques, supra* note 40.

45. F. Tôth, «Contrat hospitalier moderne et ressources limitées : Conséquences sur la responsabilité civile» (1989-90) 20 R.D.U.S. 313 aux pp. 318-319.

46. Voir la sous-section 1.2.4 a) de la présente partie ci-dessous

47. Voir la sous-section 1.2.1 de la présente partie ci-dessous.

La question de savoir lequel de ces deux régimes s'applique dans les circonstances particulières d'une espèce en responsabilité hospitalière se résout alors, en définitive, par une analyse précise, une «auscultation» du rapport juridique liant les parties afin d'y déceler, s'il y a lieu, un contrat valable et d'en préciser les obligations à la charge des parties⁴⁸.

Puisque le *Code civil du Québec* ne permet plus l'option entre les deux régimes de responsabilité, un rapport consensuel s'apparente nécessairement au régime contractuel de l'article 1458 *C.c.Q.* alors que l'absence de convention fait naître chez la sage-femme l'obligation générale prescrite par l'article 1457 *C.c.Q.* de se comporter de façon à ne pas nuire à autrui.

Dans les projets-pilotes, lorsque la femme se présente au CLSC pour y recevoir les soins d'une sage-femme, elle s'adresse à l'établissement en tant que dispensateur de ces soins. La maison de naissance est intégrée au CLSC et la sage-femme employée est incorporée à cette structure afin de prodiguer des soins et procurer des services aux parturientes présentant une grossesse normale. La sage-femme s'exécute précisément en raison du contrat de travail qui la lie à l'établissement. C'est d'ailleurs par ce dernier que sages-femmes et patientes sont mises en présence. De fait, aucune relation consensuelle ne s'établit avec la sage-femme employée et préposée⁴⁹ du CLSC Avec déférence pour l'opinion

48. P.-A. Crépeau, «La responsabilité civile de l'établissement hospitalier en droit civil canadien» (1981) 26 R.D. McGill 673 à la p. 692.

49. J.-L. Baudouin et P. Deslauriers, *supra* note 32 à la p. 438, n° 697; A. Bernardot et R. P. Kouri, *La responsabilité civile médicale*, Sherbrooke, Éditions R.D.U.S., 1980 à la p. 365; P. Lesage-Jarjour, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *supra* note 33 à la p. 77. Mentionnons que la sage-femme est une salariée payée à même un budget protégé et versé aux CLSC responsables. Elle gagne annuellement 49 000\$ alors que le salaire de la coordonnatrice atteint 53 500\$. Les sages-femmes, toujours liées par contrat de travail jusqu'en mars 2000, demeurent des préposées du CLSC et ce, même suite à la création de l'Ordre professionnel des sages-femmes. À ce sujet, voir : F. Tôth, «La responsabilité civile hospitalière pour la faute médicale : quand l'établissement hospitalier répond-il de la faute médicale?» dans Service de la Formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la santé* (1991), vol. 24, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1991, 33 à la p. 59. Par contre, on ne pourra conclure à un lien de préposition suite à la conclusion des contrats de services entre les établissements qui exploitent des CLSC et les sages-femmes : *Loi sur les*

contraire⁵⁰, la relation juridique entre la parturiente et la sage-femme employée par le CLSC est extracontractuelle. Par conséquent, les rapports sont régis par l'article 1457 *C.c.Q.* qui se traduit par une obligation légale de bon comportement, en quelque sorte une norme de conduite à suivre sous peine de dédommagement pour les victimes.

Par analogie, la relation entre parturientes et sage-femmes employées peut être apparentée à celle entre patients et infirmières en centre hospitalier, celles-ci étant également employées et préposées de l'établissement, bien qu'appartenant à un ordre professionnel exclusif, l'Ordre des infirmières et infirmiers du Québec (O.I.I.Q.). La jurisprudence a d'ailleurs établi à plusieurs reprises que les infirmières sont des préposées du centre hospitalier et a affirmé le caractère extracontractuel de la relation juridique infirmières / patients⁵¹. La sage-femme employée par le CLSC qui commet une faute causale d'un dommage verra donc sa responsabilité personnelle engagée sur la base des règles de la responsabilité civile extracontractuelle.

Pour identifier cette prestation fautive, il devient essentiel de déterminer les obligations de la sage-femme dans sa pratique en maison de naissance. Nous y reviendrons plus amplement dans la seconde partie de cette étude, mais précisons que ces devoirs légaux s'appliquent sans considération du statut juridique des sages-femmes.

1.1.2 Obligations

Le droit pose, comme postulat de base pour identifier une faute, le manquement à un devoir et ce, peu importe qu'il ait un fondement contractuel ou extracontractuel. À ce titre, des auteurs ont affirmé que «étant donné la nature de l'obligation médicale, son contenu reste le même en l'absence de

sages-femmes, *supra* note 5, art. 35 (ajoutant les articles 259.2 à 259.5 à la *L.S.S.S.S.*); art. 2099 *C.c.Q.* ; voir aussi les sous-sections 2.1.1 b) et 2.2.1 de la partie II ci-dessous.

50. *Contra* : C. Caslariu, «La responsabilité civile des sages-femmes au Québec» (1998) 12 R.J.E.L., 85 aux pp. 100-101.

51. *Hôpital général de la région de l'amiante c. Perron*, [1979] C.A. 567 à la p. 587; *Libermann c. Tabah*, [1986] R.J.Q. 1333 (C.S.), [1990] R.J.Q. 1230 (C.A.); *Gravel c. Hôtel-Dieu d'Amos*, [1984] C.S. 792 à la p. 824.

contrat que s'il y a un contrat»⁵². Nous soumettons que «l'obligation sage-femme» obéit aux mêmes règles que «l'obligation médicale» dont il est question et que par conséquent, la sage-femme employée assume des obligations envers sa patiente en tant que professionnelle de la santé qui pratique des accouchements et oeuvre de façon générale dans le domaine de l'obstétrique et de la périnatalité.

En effet, l'essentiel du travail d'une sage-femme, tant dans les projets-pilotes que suite à l'intégration en CLSC et en centre hospitalier, consiste à prodiguer des soins aux femmes qui présentent une grossesse normale. Cette pratique est substantiellement identique à l'exercice de l'obstétrique par un médecin généraliste à la différence que la sage-femme demeure soumise à l'exigence supplémentaire du *Règlement sur les risques obstétricaux et néonataux*⁵³. Compte tenu de la nature de l'activité professionnelle, les quatre volets de l'obligation médicale, soit les obligations de renseigner, de soigner, de suivre et de préserver le secret professionnel⁵⁴ s'appliquent donc également à la pratique sage-femme. Il est utile de préciser que dans le cadre d'une pratique générale en médecine de famille, l'omnipraticien a l'obligation de consulter un spécialiste dans le cas de grossesses à risque, bien que la définition de «grossesse à risque» ne soit pas exactement la même pour le médecin que pour la sage-femme⁵⁵. Ainsi, malgré une approche de la grossesse et de l'accouchement qui soit davantage axée sur la non-intervention, la sage-femme doit se garder de réduire le standard de soins en deçà des règles de l'art

52. P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *supra* note 33 aux pp. 29, 32.

53. *Supra* note 40.

54. P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *supra* note 33 à la p. 32; J.-P. Ménard et D. Martin, *La responsabilité médicale pour la faute d'autrui*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1992 à la p. 16; F. Tôth, *supra* note 49 à la page 49.

55. En effet, le médecin n'est pas assujéti au *Règlement sur les risques obstétricaux et néonataux*, *supra* note 40, mais il doit référer à un spécialiste si le cas dépasse ses connaissances ou compétences. Voir *Code de déontologie des médecins*, R.R.Q., 1981 c. M-9, r.4, art. 2.03.16; P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *ibid.* à la p. 218 et s.; G. Mémeteau, *La responsabilité civile médicale en droit comparé français et québécois*, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1990 à la p. 60, n° 95.

obstétrical⁵⁶. Au soutien de ce qui précède, nous pensons qu'au terme de la formation sage-femme donnée à l'Université du Québec à Trois-Rivières à compter de l'automne 1999⁵⁷, la sage-femme possédera le même niveau de connaissances qu'un médecin omnipraticien. Par conséquent, dans l'exécution de ses obligations, la conduite de la sage-femme est évaluée selon le modèle du bon médecin généraliste oeuvrant en obstétrique, placé dans les mêmes circonstances de temps et de lieu⁵⁸. Un couple qui a recours aux services de cette professionnelle s'attend légitimement à ce qu'elle soit soumise au même niveau d'encadrement légal que le médecin et ceci ne dépend aucunement du statut juridique de la sage-femme en CLSC ou en centre hospitalier ni du rapport de droit entretenu avec cette dernière. Prétendre le contraire reviendrait à créer une situation plus risquée pour les futurs parents qui utilisent les services de sages-femmes.

a) Obligation de renseigner

L'obligation de renseigner consiste à fournir à la parturiente toutes les informations nécessaires à une prise de décision libre et éclairée quant aux soins proposés, c'est-à-dire sans contrainte, coercition ni mensonge. En fait, l'obtention du consentement libre et éclairé tire sa source légale du principe d'inviolabilité de la personne⁵⁹ et s'impose à la sage-femme comme à tout autre professionnel de la santé, indépendamment d'une relation contractuelle

56. Voir la sous-section 1.1.3 : «Intensité de l'obligation et norme de conduite» ci-dessous; précisons que les médecins préconisent davantage les interventions médicales pour diminuer le plus possible les facteurs de risque : voir Équipe d'évaluation des projets-pilotes sages-femmes, *supra* note 2 à la p. 11.

57. Voir la sous-section 2.1.2 de la partie II ci-dessous : il s'agit d'une formation théorique et clinique de quatre ans destinée à rendre les sages-femmes plus aptes à détecter les anomalies, pathologies et grossesses à risque; Conseil d'évaluation des technologies de la santé du Québec, *supra* note 17 à la p. 27; Québec, Commission des affaires sociales, *Journal des Débats*, (3 juin 1998) 15h30; M.-F. Léger, «L'U.Q.T.R. choisie pour former les futures sages-femmes», *La Presse [de Montréal]* (24 mars 1999) A20.

58. Voir la sous-section 1.1.3 ci-après.

59. Ce principe est consacré par l'article 1 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12; F. Tôth, «Le droit du patient d'être informé : un droit protégé par la Charte des droits et libertés de la personne» (1989-90) 20 R.D.U.S. 161.

parturiente / sage-femme⁶⁰. Les articles 10 et 11 *C.c.Q.* consacrent également ce principe et la nécessité d'obtenir le consentement libre et éclairé de la personne pour légitimer une atteinte à son intégrité. Ces dispositions sont d'ordre public et la décision ultime de traitement appartient à la parturiente. Celle-ci peut accepter ou refuser un examen ou une intervention particulière, après avoir été informée de la nature de cette intervention, de son but, des techniques ou méthodes alternatives qui peuvent être envisagées compte tenu de sa situation et des risques⁶¹. Pour les fins de notre analyse, mentionnons que la jurisprudence québécoise a précisé l'obligation des médecins quant à la divulgation des risques, notamment dans l'affaire *Pelletier c. Roberge* :

[...] jurisprudence et doctrine imposent aux médecins l'obligation d'informer le patient des risques probables ainsi que des risques simplement possibles, même marginalement, lorsqu'ils sont dangereux⁶².

Ainsi, un risque fréquent ou grave, même si simplement possible dans ce dernier cas, impose à la sage-femme l'obligation de le dévoiler à sa patiente et d'avoir recours à un médecin pour un suivi conjoint (avec le consentement de ce dernier) ou un transfert⁶³. D'ailleurs, rappelons qu'en présence d'une grossesse à risque, la sage-femme des projets-pilotes doit se conformer au *Règlement sur les risques obstétricaux ou néonataux*⁶⁴, lequel encadre sa pratique. D'autres dispositions légales portant sur les risques associés à la

60. F. Tôth, «L'obligation de renseignement du médecin en droit civil québécois» dans *Responsabilité médicale et hospitalière; Aspects éthiques et juridiques*, Canadian Institute, Toronto, 1990 à la p. 217.

61. J.-L. Baudouin et P. Deslauriers., *supra* note 32 aux pp. 861-863, n^{os} 1437 à 1441; P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *supra* note 33 à la p. 114; F. Tôth, *ibid.*

62. *Pelletier c. Roberge*, [1991] R.R.A. 726, 733 (C.A.).

63. *Loi sur les projets-pilotes*, *supra* note 4, art. 8 et 23, al. 2; *Règlement sur les risques*, *supra* note 40; voir la sous-section 2.2.2 de la présente partie ci-dessous; notons que la *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 5, permet dorénavant à la sage-femme de demander une consultation médicale sans transfert, conformément à l'article 5, al. 1(3) et ce, même en présence d'un risque obstétrical ou néonatal.

64. *Supra* note 40.

grossesse⁶⁵ viendront circonscrire la pratique de la sage-femme entrepreneure indépendante⁶⁶ suite à l'intégration en CLSC et en centre hospitalier.

Comme corollaire du droit à l'autodétermination, la sage-femme ne commet aucune faute lorsqu'elle respecte le refus libre et éclairé exprimé par la patiente⁶⁷. En fait, peu importe que les soins proposés s'avèrent bénéfiques, la sage-femme ne peut passer outre l'exigence du consentement, les seules exceptions à ce principe étant l'impossibilité de l'obtenir en cas d'urgence⁶⁸ et les lois d'ordre public⁶⁹. La sage-femme devra toutefois avoir fourni suffisamment d'informations pour que le refus de soins ou de traitement ait été exprimé par la parturiente en toute connaissance de cause. Si elle outrepassa ce refus, la sage-femme s'expose à une poursuite en responsabilité, même en absence de négligence de sa part⁷⁰. Rappelons brièvement que l'obtention du consentement libre et éclairé est un processus continu⁷¹ auquel nul ne saurait passer outre en vertu d'une autorisation aux soins écrite, laquelle ne constitue qu'un consentement général donné à l'établissement de recevoir des soins⁷².

Par ailleurs, les médecins québécois sont assujettis à un code de déontologie professionnelle qui leur impose l'obligation d'obtenir le

65. *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 5, art. 5, al. 1(3), 58.

66. Voir l'introduction de la partie II ci-après.

67. J.-L. Baudouin et P. Deslauriers, *supra* note 32 à la p. 870, n° 1446; Conseil d'évaluation des technologies de la santé, *supra* note 17 à la p. iv : dans les cas analysés par le CETs, «bien que le refus de tests diagnostiques et de traitements par la femme soit bien documenté, les notes aux dossiers ne sont pas suffisamment détaillées ou explicites au sujet des conséquences médicales pour la mère ou l'enfant dû au fait de ne pas suivre les recommandations».

68. Art. 13 C.c.Q.

69. La *Loi sur la protection de la santé publique*, L.R.Q. c. P-35, art. 10 et le *Règlement sur l'application de la loi sur la protection de la santé publique*, R.R.Q. c. P-35, r.1 prévoient certaines maladies à traitement obligatoire.

70. *Beausoleil c. Communauté des Soeurs de la Charité de la Providence*, [1965] B.R. 37 à la p. 41, juge Casey : «He (the doctor) may not overrule his patient and submit him to risks that he is unwilling and in fact has refused to accept. And if he does so and damages result he will be responsible without proof of negligence or want of skill».

71. P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *supra* note 33 à la p. 111.

72. *Règlement sur l'organisation et l'administration des établissements*, R.R.Q. 1981, c. S-4.2, r.5, art. 52.1; *Martel c. Hôtel-Dieu St-Vallier*, [1969] R.C.S. 745 à la p. 752.

consentement libre et éclairé de leurs patients⁷³. Malgré les dispositions du *Code civil* et de la *Charte québécoise*, le *Code de déontologie*⁷⁴ des sages-femmes doit prévoir des dispositions au même effet, pour le meilleur respect du droit à l'autodétermination des futures mères.

b) Obligation de soigner

Le diagnostic et le traitement⁷⁵ constituent les deux facettes intimement liées de l'obligation de soigner. C'est par une analyse approfondie de chacun de ces éléments que nous évaluerons la conduite d'une sage-femme.

Les obligations quant au diagnostic se résument à faire d'abord une évaluation clinique consciencieuse de la parturiente pour ensuite interpréter adéquatement les résultats obtenus lors de cette évaluation et enfin, procéder au contrôle de ce diagnostic⁷⁶.

L'évaluation clinique s'exécute au moyen de l'histoire de cas, de l'examen physique attentif et minutieux auquel on ajoute les tests et analyses de laboratoire. Dans la pratique des sages-femmes, l'évaluation clinique occupe une place de première importance puisque la loi interdit le recours aux soins d'une sage-femme dans les cas de grossesse à risque, sauf en cas d'urgence⁷⁷. Rappelons que la légalisation de la profession ne modifiera pas substantiellement cette situation, si ce n'est l'éventualité qu'en présence d'un risque obstétrical ou néonatal, la sage-femme puisse consulter le médecin au lieu

73. *Code de déontologie des médecins*, *supra* note 55, art. 2.03.28, 2.03.29.

74. *Code des professions*, L.R.Q. c. C-26, art. 87; *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 5, art. 2, 60.

75. *Loi médicale*, L.R.Q. c. M-9, art. 31 et 43, al. 2 (c) : ce dernier article crée une exception pour les sages-femmes et fait en sorte que le diagnostic et le traitement sont des actes qu'elles peuvent légalement poser dans le cadre des projets-pilotes. Toutefois, la *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 5, art. 20 abroge l'article 43, al. 2 (c) de la *Loi médicale* : l'exception n'est plus nécessaire compte tenu du champ d'exercice reconnu aux sages-femmes par l'article 6 de la *Loi sur les sages-femmes*; voir l'introduction de la partie II ci-dessous.

76. P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *supra* note 33 aux pp. 211-218.

77. *Loi sur les projets-pilotes*, *supra* note 4, art. 2, 8 et 23, al. 2.

de lui transférer automatiquement la responsabilité clinique de la patiente⁷⁸. Ainsi, la sage-femme a l'obligation de procéder à tous les tests nécessaires pour déceler une condition à risque, ce qui implique qu'elle doit s'enquérir des antécédents familiaux, médicaux, chirurgicaux et gynécologiques de la parturiente, de son histoire obstétricale (accouchements antérieurs et/ou avortements), de la médication prise et des habitudes de vie⁷⁹. Cette évaluation s'opère tout au long de la période périnatale puisqu'une condition médicale à risque peut survenir à n'importe quel moment de la grossesse⁸⁰. Juridiquement, la simple erreur ne constitue pas une faute⁸¹. Toutefois, la sage-femme qui ne décèle pas une condition potentiellement dangereuse pour la mère ou le fœtus parce qu'elle n'a pas procédé à une évaluation clinique consciencieuse (histoire de cas, examen physique, tests de laboratoire) commet une faute susceptible d'engager sa responsabilité. L'erreur est alors la résultante d'un processus fautif.

Suite à l'évaluation clinique, la sage-femme doit procéder à une interprétation adéquate des résultats obtenus à partir des éléments dégagés par l'histoire de cas, l'examen physique et les tests de laboratoire. Un diagnostic incompatible avec les éléments apportés par l'évaluation clinique révèle une méconnaissance du savoir nécessaire à la pratique sage-femme et constitue une faute civile dont le lien avec le dommage entraîne la responsabilité de la sage-femme.

Le contrôle du diagnostic consiste à ajuster les soins avec la condition évolutive de la parturiente. Par exemple, si en cours de grossesse, une femme se plaint de fortes douleurs abdominales, la sage-femme doit procéder à des examens et analyses supplémentaires qui permettront de déceler une

78. *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 5, art. 5, al. 1(3) et 6, al. 2.

79. Ces données doivent d'ailleurs être consignées dans le dossier périnatal sage-femme. À ce sujet, voir : Équipe d'évaluation des projets-pilotes sages-femmes, *supra* note 2 et Annexe 1.

80. Conseil d'évaluation des technologies de la santé, *supra* note 17 à la p. 19 : Sur les 19 cas de mortinaissances répertoriés par le CETS, les soins ont été jugés inadéquats dans 10 dossiers, dont 2 ont été associés au fait que la sage-femme n'a jamais détecté le problème.

81. *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351 à la p. 357 : « [...] les professionnels de la santé ne devraient pas être tenus responsables de simples erreurs de jugement, qui sont distinctes de la faute professionnelle. »; *Vigneault c. Mathieu*, [1991] R.J.Q. 1607 (C.A.); *Cloutier c. Ahad*, J.E. 80-514 (C.S.); *Stéfanik c. Hôpital Hôtel-Dieu de Lévis*, [1997] R.J.Q. 1332 (C.S.) 1344, 1345.

complication ou un risque obstétrical, nécessitant l'intervention d'un médecin⁸². Dans le cas contraire, l'inaction de la sage-femme ou l'indifférence aux plaintes de la patiente seront considérées comme fautives et entraîneront la responsabilité de la sage-femme, en mettant en preuve les éléments dommage et lien de causalité. L'affaire *Stéfanik*⁸³ illustre le cas d'un médecin qui a été tenu responsable pour ne pas avoir donné suite aux plaintes d'une patiente. Madame Stéfanik était enceinte de jumeaux et croyant détecter un problème avec l'un des deux bébés, elle s'est rendue à la clinique de son médecin traitant pour faire contrôler sa grossesse. Comme ce dernier était absent, elle a consulté son confrère qui lui a déclaré que son bébé allait bien. Après que la patiente ait précisé qu'il y avait deux bébés, le médecin a revu le dossier, examiné la patiente à nouveau et lui a affirmé avoir bien entendu deux coeurs. Inquiète, madame Stéfanik a expressément demandé de subir une échographie. Le médecin a décliné cette requête en disant à la patiente de ne pas s'inquiéter puisqu'elle pourrait revoir son médecin traitant quelques jours plus tard. Le lendemain matin, après avoir constaté des pertes verdâtres dans son urine, elle s'est rendue au service d'urgence de l'Hôtel-Dieu de Lévis. Suite à une échographie établissant clairement la présence d'un seul coeur fœtal, le gynécologue-obstétricien de garde a procédé à une césarienne pour extraire d'abord le bébé en vie, puis le bébé mort-né. La Cour a décidé que l'omission du médecin remplaçant de faire subir à madame Stéfanik un examen plus approfondi, comme elle-même le suggérait d'ailleurs, constituait une faute.

Mentionnons également l'affaire *Gravel c. Hôtel-Dieu d'Amos*⁸⁴ où les infirmières n'ont jamais contacté de médecin pendant les trente-six longues heures de travail de la patiente malgré les plaintes répétées de cette dernière. Dans cette cause, la Cour a retenu la responsabilité du centre hospitalier défendeur pour la faute des infirmières de ne pas avoir apporté les soins et traitements requis compte tenu de l'état de la patiente et de ne pas avoir convoqué le médecin tel que celle-ci le requerrait.

82. *Loi sur les projets-pilotes*, supra note 4, art. 8 et 23, al. 2; *Règlement sur les risques*, supra note 40; avec la légalisation, l'intervention médicale prend la forme d'une consultation ou d'un transfert : *Loi sur les sages-femmes*, supra note 5, art. 5, al. 1(3).

83. *Stéfanik c. Hôpital Hôtel-Dieu de Lévis*, supra note 81.

84. Supra note 51.

Quant au traitement, l'obligation de la sage-femme consiste à apporter des soins avec une prudence et une habileté raisonnables⁸⁵ compte tenu du savoir scientifique⁸⁶, adaptés à la condition de la parturiente et ce, tout au long de la période périnatale. Advenant une situation qui dépasse ses compétences et/ou connaissances, la sage-femme doit transférer la patiente au médecin ou assumer un suivi conjoint avec ce dernier s'il y consent. L'obligation de soigner comporte celle de référer en cas de besoin⁸⁷. À ce sujet, l'équipe d'évaluation des projets-pilotes a fait état de l'hésitation des sages-femmes à transférer les femmes vers les obstétriciens, en raison principalement de conflits interprofessionnels⁸⁸. Nous soumettons que les décisions de consultations (possibles uniquement en l'absence d'un risque obstétrical ou néonatal) et de transferts doivent être dictées uniquement par la condition et les besoins médicaux de la mère et du nouveau-né. Procéder autrement constitue une faute⁸⁹.

-
85. Conseil d'évaluation des technologies de la santé, *supra* note 17 à la p. 19 : sur les 19 cas de mortinaissance constatés depuis l'ouverture des maisons de naissance jusqu'en août 1998, «[...] la mortinaissance a été considérée possiblement ou normalement évitable dans 8 cas. Dans 3 d'entre eux, le Comité a considéré que des soins différents auraient pu éviter le décès alors que dans les 5 autres, le décès aurait dû normalement être évités avec des soins appropriés»; J.-F. Bégin, «Huit morts évitables : un rapport identifie des problèmes survenus lors de grossesses suivies par des sages-femmes», *La Presse [de Montréal]* (26 août 1999) A8.
86. Dans l'affaire *X v. Mellen*, [1957] B.R. 389, 416, la Cour d'appel affirmait l'obligation : «[...] de procurer des soins consciencieux, attentifs et conformes aux données acquises de la science[...]»; J.-L. Baudouin et P. Deslauriers, *supra* note 32 à la p. 876, n° 1457; P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *supra* note 33 à la p. 204; J.-P. Ménard et D. Martin, *supra* note 54 à la p. 18.
87. Par analogie : *Code de déontologie des médecins*, *supra* note 55, art. 2.03.16 : le médecin doit consulter en cas de besoin.
88. Équipe d'évaluation des projets-pilotes sages-femmes, *supra* note 2 à la p. 97; Conseil d'évaluation des technologies de la santé, *supra* note 17 à la p. 23 : «Le niveau de risque obstétrical dans certains cas aurait pu justifier un transfert de soins plutôt qu'une simple consultation. [...] les cas analysés n'étaient pas tous, au départ, des cas à faible risque susceptibles d'être suivis en maison de naissance.»
89. Dans l'affaire *Gravel c. Hôtel-Dieu d'Amos*, *supra* note 51 aux pp. 794, 799, la Cour a décidé que constituait une faute le fait pour le personnel infirmier de ne pas avoir contacté le médecin alors que la condition de la parturiente nécessitait des soins médicaux. Rappelons que la mère a enduré une période de contractions de 36 heures sans qu'aucun médecin ne soit appelé, malgré le protocole qui donnait des instructions précises de communiquer avec le médecin traitant ou de garde en pareil cas.

Par ailleurs, la littérature est éloquente et les statistiques nombreuses sur le fait que les sages-femmes ont beaucoup moins recours aux interventions et aux technologies médicales que les médecins⁹⁰, ce qui contribuerait à diminuer les risques reliés à ces interventions⁹¹.

Dans le cadre de nos recherches, nous avons assisté à une séance d'informations⁹² dans une maison de naissance. Deux commentaires s'imposent. D'abord, selon la sage-femme conférencière, le fait qu'il y ait peu d'équipement médical dans les maisons de naissance (par exemple à la maison Mimosa, on ne dispose pas du moniteur de coeur fœtal) constitue un avantage puisque «cela permet aux sages-femmes d'éviter d'avoir à *challenge* les risques» de sorte que les transferts s'effectueraient plus tôt. L'équipe d'évaluation des projets-pilotes mentionne toutefois la tendance de certaines sages-femmes qui, motivées par une philosophie de non-intervention, repoussent les transferts au-delà des limites prescrites⁹³. La décision de transférer ne devrait en aucun cas être tributaire de la quantité de l'équipement médical à la disposition des sages-femmes. Bien au contraire, cette décision dépend d'une évaluation professionnelle consciencieuse de la condition de la mère et du fœtus. Ensuite, selon la conférencière, les sages-femmes de cette maison de naissance disposent d'une ventouse à utiliser en cas de besoin, mais elles s'en servent tellement peu souvent qu'elles doivent relire les instructions une fois par année! Encore ici, nous ne pouvons que déplorer cette situation et rappeler que la sage-femme doit s'assurer de maintenir ses

90. Équipe d'évaluation des projets-pilotes sages-femmes, *supra* note 2 aux pp. viii, 7; Conseil d'évaluation des projets-pilotes, *supra* note 17 aux pp. 42-44.

91. Rappelons toutefois que le taux de mortinaissance associé à la pratique sage-femme est plus élevé que le taux provincial de mortinaissance : voir l'introduction de la présente section ci-dessus. De plus, il est utile de préciser que les membres du Comité d'évaluation des technologies de la santé ont noté un plus grand recours à la réanimation du nouveau-né chez les femmes suivies par des sages-femmes comparativement à celles suivies par des médecins, avec une différence significative entre les groupes. Bien que les membres du CETS étaient unanimement d'accord pour procéder à l'analyse des cas de réanimation, leur mandat n'a pas été élargi et s'est limité uniquement aux mortinaissances. Le CETS a néanmoins précisé que les cas de réanimation devraient faire l'objet d'une nouvelle étude : Conseil d'évaluation des technologies de la santé, *supra* note 17 aux pp. 5-6.

92. Maison de naissance Mimosa, Rencontre d'informations donnée par Madame Andrée Vallières, sage-femme, allocution, 6 janvier 1999 [non publiée].

93. Équipe d'évaluation des projets-pilotes sages-femmes, *supra* note 2 à la p. 250.

connaissances et habiletés à jour⁹⁴, car l'utilisation incorrecte d'une technique propre à la pratique⁹⁵ par manque de connaissances constitue une faute.

c) **Obligation de suivre**

La philosophie qui entoure la pratique sage-femme repose sur la conviction que la naissance est un phénomène naturel et qu'une expérience positive passe nécessairement par le «bénéfice d'un suivi plus personnalisé»⁹⁶. L'emphase est placée sur le caractère privilégié du suivi tout au long de la période périnatale. Pour les fins de notre étude, nous laisserons de côté les dimensions morale et philosophique et aborderons l'analyse de l'obligation juridique de suivre, dans les périodes prénatale, perinatale et postnatale.

Au cours de la période prénatale, le suivi sage-femme s'effectue à raison d'une fois par mois jusqu'à la 32^e semaine, puis une fois par deux semaines jusqu'à la 36^e semaine et enfin, de façon hebdomadaire jusqu'à l'accouchement⁹⁷. Essentiellement, deux sages-femmes interviennent au cours de cette période, soit la sage-femme «principale», qui s'occupe du suivi général de la parturiente puis la sage-femme «jumelle» qui prend la relève lors des vacances ou congés (environ quatre jours par mois) de la première⁹⁸. Dans l'optique d'un suivi personnalisé, la jumelle aura préalablement effectué deux visites en prénatal⁹⁹.

Une sage-femme peut assurer le suivi de la période perinatale à condition que l'accouchement se situe entre les 37^e et 42^e semaines. En dehors de cette période, elle enfreint les dispositions légales qui portent sur les risques obstétricaux ou néonataux¹⁰⁰ puisque la grossesse devient à risque et nécessite l'intervention d'un médecin. Le perinatal sous les soins d'une sage-femme se

94. Par analogie : le *Code de déontologie des médecins*, *supra* note 55, prévoit cette obligation à l'article 2.03.15; P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *supra* note 33 à la p. 204.

95. Annexe 3, «Liste d'actes sages-femmes autorisés», art. 2, acte 6 (c).

96. Équipe d'évaluation des projets-pilotes sages-femmes, *supra* note 2 à la p. 197.

97. Maison de naissance Mimosa, Rencontre d'informations, St-Romuald, 6 janvier 1999.

98. *Ibid.*; Équipe d'évaluation des projets-pilotes sages-femmes, *supra* note 2 à la p. 103.

99. À la maison de naissance Mimosa, elles se situent respectivement aux semaines 34 et 37.

100. *Règlement sur les risques*, *supra* note 40, art. 1(4) (6).

déroule, en pratique, avec la participation de plusieurs intervenantes, dont les sages-femmes principale et jumelle qui assistent la mère lors de l'accouchement, et une assistante natale¹⁰¹ dont le rôle consiste notamment à inscrire au dossier, les informations dictées par les sages-femmes quant à la fréquence cardiaque du fœtus, la tension artérielle, le pouls de la mère, etc. Fait important et sur lequel nous reviendrons, il semble que certaines sages-femmes reconnaissent à l'aide natale la compétence de juger du niveau d'urgence¹⁰². Compte tenu de son évaluation et sur la base d'une formation de trente heures, elle choisira d'appeler soit un médecin, soit la sage-femme ou attendra avant d'intervenir¹⁰³.

Quant au suivi postnatal, il s'effectue principalement à domicile. La première visite de contrôle est faite en maison de naissance où la durée de séjour ne dépasse pas vingt-quatre heures. Cette visite consiste à vérifier que la mère saigne normalement et que l'allaitement se déroule bien. Subséquemment, le suivi s'effectue à domicile, les seconde et troisième visites étant respectivement fixées aux jours trois et cinq. La sage-femme y observe la condition de la mère et du nouveau-né : allaitement, jaunisse, etc. La mère retourne faire peser le bébé à trois semaines de vie et enfin, vient le dernier suivi postnatal par la sage-femme à deux mois¹⁰⁴. Un médecin prend ensuite la relève pour la vaccination.

Dès qu'elle entreprend de prodiguer des soins à une parturiente, la sage-femme devient débitrice de l'obligation de suivre tout au long de la période périnatale, sans quoi sa responsabilité pourrait être engagée¹⁰⁵. Ce devoir comporte celui de ne pas abandonner la patiente et d'assurer que des soins

-
101. Équipe d'évaluation des projets-pilotes sages-femmes, *supra* note 2 à la p. 117. Les assistantes natales ne sont pas des sages-femmes. Elles ont un statut de préposées aux bénéficiaires avec une formation d'appoint en allaitement, soins postnataux et réanimation cardiaque pour la mère et le nouveau-né.
102. Maison de naissance Mimosa, Rencontre d'informations, *supra* note 97; Équipe d'évaluation des projets-pilotes sages-femmes, *supra* note 2 à la p. 117.
103. Maison de naissance Mimosa, *ibid.*
104. Conseil d'évaluation des projets-pilotes, *supra* note 17 à la p. 73 : la sage-femme assure la continuité des soins jusqu'à six semaines après la naissance.
105. Le CETS a souligné la difficulté des sages-femmes à offrir un suivi adéquat dans 8 dossiers sur le total de 10 où les soins étaient inappropriés : voir Conseil d'évaluation des technologies de la santé, *supra* note 17 à la p. 19.

continus et adéquats lui soient administrés¹⁰⁶. En conséquence, lorsque la sage-femme principale s'absente pour congés ou vacances, elle doit s'assurer que la jumelle possède toutes les informations nécessaires : dossier médical, renseignements complémentaires, etc. Précisons toutefois que la sage-femme jumelle a l'obligation de prendre connaissance du dossier obstétrical¹⁰⁷ et que le manquement à ce devoir pourrait constituer un *novus actus interveniens*¹⁰⁸. Également, le transfert à un médecin impose à la sage-femme le devoir de lui transmettre toutes les informations concernant la mère et le nouveau-né¹⁰⁹. Des auteurs ont mentionné comme exemples d'informations à transmettre : «le diagnostic, la raison du transfert, les traitements entrepris, les inquiétudes du médecin traitant ainsi que les «écueils» à éviter»¹¹⁰. L'obligation de suivre prend généralement fin avec la décision de la parturiente d'être désormais suivie par une autre sage-femme, un médecin ou encore avec la fin de la période périnatale¹¹¹.

Enfin, la sage-femme doit obtenir le consentement de la parturiente lorsqu'elle consulte ou encore pour un suivi conjoint ou un transfert. Elle pourra toutefois passer outre à l'exigence du consentement «en cas d'urgence et lorsque la vie de la personne est en danger ou son intégrité menacée et que son consentement ne peut être obtenu en temps utile»¹¹².

106. *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1989] R.J.Q. 2619 (C.A.); *Girouard c. Hôpital Royal Victoria*, J.E. 87-1090 (C.S.); P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *supra* note 33 à la p. 232; J.-P. Ménard et D. MARTIN, *supra* note 54 aux pp. 18-19.

107. *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, *supra* note 81 aux pp. 363-364.

108. *Libermann c. Tabah*, [1990] R.J.Q. 1230 (C.A.); J.-L. Baudouin et P. Deslauriers, *supra* note 32 aux pp. 355-356, n° 536; P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *supra* note 33 aux pp. 60-61 : il faut alors démontrer que l'omission de la jumelle de prendre connaissance du dossier obstétrical constitue cet «événement nouveau, indépendant de la volonté de l'auteur de la faute et qui rompt la relation directe entre celle-ci et le préjudice».

109. *Code de déontologie des médecins*, *supra* note 55, art. 2.04.02 : par analogie, étant donné la nature de l'obligation, les sages-femmes y sont soumises également.

110. P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *supra* note 33 à la p. 250; voir également : *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, *supra* note 81 à la p. 351.

111. J.-P. Ménard et D. Martin, *supra* note 54 à la p. 19.

112. Art. 13 C.c.Q.

d) Le secret professionnel

La sage-femme doit respecter le secret de ce qui vient à sa connaissance dans l'exercice de sa profession. Encore ici, il s'agit d'une obligation légale¹¹³ qui s'impose à elle sans égard à l'existence d'un contrat. C'est à la parturiente que revient le bénéfice de renoncer au secret professionnel, mais ce privilège cédera le pas devant l'intérêt public, par exemple, en ce qui concerne les maladies à déclaration ou traitement obligatoire¹¹⁴. Par ailleurs, mentionnons que le secret professionnel pourra être écarté pour motif de sécurité publique¹¹⁵.

Outre les obligations de renseigner, soigner, suivre et de conserver le secret professionnel, rappelons que la pratique des sages-femmes est également encadrée par les dispositions dont nous avons fait état sur les risques obstétricaux et néonataux. De même, la liste d'actes sages-femmes autorisés¹¹⁶ et la liste de médicaments¹¹⁷ régissent la profession. Concrètement et pour illustrer ce qui précède, les sages-femmes des projets-pilotes ne peuvent rompre les membranes ou administrer du syntocinon sauf en cas d'hémorragie ou dans la période postnatale. Par ailleurs, le Code d'éthique international¹¹⁸, reproduit

113. *Charte des droits et libertés de la personne*, supra note 59, art. 9; *Code des professions*, supra note 74, art. 60.4; *Code de déontologie des médecins*, supra note 55, art. 3.01 : cette obligation se trouve d'ailleurs contenue au *Code international de déontologie des sages-femmes*, reproduit à l'Annexe 5, art. III A; J.-P. Ménard et D. Martin, supra note 54 à la p. 17.

114. *Loi sur la protection de la santé publique*, supra note 69, art. 5, 10 et 11; *Règlement d'application de la loi sur la protection de la santé publique*, supra note 69, art. 28-38.

115. *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455 : dans cette affaire, le plus haut tribunal, sous la plume de l'Honorable juge Cory, précise que le secret professionnel de l'avocat n'est pas absolu et que ce privilège doit être écarté lorsque la sécurité publique est en jeu et qu'une personne ou un groupe de personnes sont clairement exposées à un danger imminent de mort ou de blessures graves. Ce principe s'applique également dans le cas de la pratique sage-femme puisque, comme le souligne la Cour suprême, «[p]ar déduction nécessaire, si l'exception relative à la sécurité publique s'applique au secret professionnel de l'avocat, elle s'applique à toutes les catégories de privilèges et d'obligations de confidentialité.»

116. Voir Annexe 3.

117. Voir Annexe 4.

118. Organisation mondiale de la santé, «Publication par la Confédération internationale des Sages-Femmes d'un code international de déontologie des sages-femmes» (1994) 45 R.I.L.S. 588-590.

à l'annexe 5, balise la profession. Il ne possède aucune force légale au Québec mais, constituant les assises du travail des sages-femmes, il peut certainement renforcer une preuve d'écart de conduite professionnelle dans le cadre d'une poursuite en responsabilité.

Enfin, il ressort de nos discussions avec des membres du Regroupement des sages-femmes du Québec, organisme officiel qui représente les sages-femmes accréditées, que celles-ci se sont dotées d'un code de déontologie¹¹⁹. Cependant, dans les projets-pilotes, ce document semble avoir un caractère davantage moral que légal puisqu'en tant que membre du public, nous avons essuyé un refus de la part du regroupement à nos requêtes d'en obtenir une copie. Il est «réservé aux sages-femmes jusqu'à la légalisation» nous a-t-on affirmé¹²⁰. Nous déplorons cette situation et croyons qu'il s'agit d'une aberration. En effet, le propre d'un code de déontologie est de garantir au public que les membres qui y adhèrent possèdent un standard élevé de connaissances et de compétence. Pourquoi avoir un code de conduite auquel personne n'a accès à part celles-là même qui l'ont adopté? Comment le public peut-il savoir qu'une sage-femme se conforme aux normes fixées par le Regroupement? Et partant, comment le public peut-il savoir qu'il s'agit de normes élevées? Fort heureusement, la légalisation définitive de la pratique rétablira les choses puisqu'un ordre professionnel régi par le *Code des professions*¹²¹ doit se doter d'un code de déontologie¹²², à caractère légal, contraignant et accessible au public.

Nous avons établi que plusieurs obligations régissent la pratique de la sage-femme, mais l'identification d'une faute passe aussi par la détermination du degré de l'obligation qu'elle assume et par l'appréciation de ses agissements selon les règles qui suivent.

119. Selon la *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 5, art. 60, son adoption date du 4 décembre 1997.

120. Propos obtenus en entrevue téléphonique avec des personnes du Regroupement des sages-femmes du Québec, août et octobre 1998.

121. *Supra* note 74.

122. *Ibid.*, art. 87.

1.1.3 Intensité de l'obligation et norme de conduite

En droit médical, le praticien est généralement tenu d'assumer une obligation de moyens¹²³. Pour la sage-femme des projets-pilotes, employée du CLSC, cela se traduit par le devoir légal de faire preuve de prudence et de diligence et de prendre tous les moyens raisonnables pour atteindre un résultat, en l'espèce la naissance d'un enfant en santé. Cette obligation de moyens se reflète dans les quatre volets de l'obligation médicale¹²⁴ : renseigner, soigner, suivre et préserver le secret professionnel. La sage-femme n'est pas tenue à tout et l'absence de résultat ne démontre pas la faute. À l'opposé, celle qui assure aux futurs parents la naissance d'un enfant en santé se soumet à une obligation de résultat¹²⁵, dont seul l'absence prouve la faute. Dans ce cas, l'exonération n'est possible qu'en attaquant le lien de causalité. L'obligation de moyens signifie que la détermination de la faute de la sage-femme passe par l'analyse de son comportement, lequel doit être conforme à une bonne pratique obstétricale.

Tel que nous l'avons précédemment établi, la pratique sage-femme consiste à assumer le suivi d'accouchements normaux, tâche à laquelle s'ajoutent des responsabilités de conseil et d'éducation en matière de procréation. Ces fonctions rejoignent dans l'ensemble l'exercice de l'obstétrique par un médecin généraliste. La différence entre ces deux intervenants se situe plutôt dans leur approche de la grossesse et de l'accouchement. Alors que l'approche sage-femme consiste à voir la grossesse comme un phénomène naturel, les médecins préconisent davantage les interventions médicales pour

123. *Villemure c. Turcot*, [1973] R.C.S. 716, 719; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, *supra* note 81 à la p. 356; *Hôpital général de la région de l'amiante c. Perron*, *supra* note 51 à la p. 575; *Houde c. Côté*, [1987] R.J.Q. 723 (C.A.); *Vigneault c. Mathieu*, *supra* note 81; J.-L. Baudouin et P. Deslauriers, *supra* note 32 à la p. 850, n° 1419; A. Bernardot et R.P. Kouri, *supra* note 49 à la p. 11; P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *supra* note 33 à la p. 35.

124. P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *supra* note 33 à la p. 41.

125. *Fiset c. St-Hilaire*, [1976] C.S. 994.

éliminer le plus possible les risques qui y sont reliés¹²⁶. Le fait que la sage-femme soit soumise à l'exigence supplémentaire concernant les risques obstétricaux et néonataux signifie qu'elle aura recours au médecin généraliste, ou plus souvent spécialiste, dans les cas qui y sont désignés. Nous soumettons que dans son champ de pratique, la sage-femme pose des actes médicaux¹²⁷ et qu'ils doivent être comparés à ceux d'un bon médecin généraliste oeuvrant en obstétrique, placé dans les mêmes circonstances de temps et de lieu. Par analogie, l'infirmière de la salle d'obstétrique qui accomplirait un acte médical verrait également sa conduite évaluée selon le critère du bon professionnel médecin¹²⁸. D'ailleurs, à l'instar des auteurs Bernardot et Kouri, nous pensons que :

Ce qui importe n'est pas la personne ayant accompli l'acte médical fautif, mais l'acte lui-même. [...] Il paraît logique d'exiger de toute personne administrant un soin médical, une telle compétence. Il en va non seulement de l'intérêt des patients mais aussi de la médecine. Sinon ce serait laisser la porte ouverte à tous les abus¹²⁹. (Nous soulignons)

La faute de la sage-femme s'apprécie selon le modèle *in abstracto*¹³⁰, une norme de conduite qui commande le respect des règles de l'art obstétrical et la conformité de ses agissements aux standards généralement reconnus dans le milieu. Prétendre à un standard de soins différent entre la sage-femme qui pose un acte médical et le médecin généraliste exerçant l'obstétrique reviendrait à créer une norme inférieure pour les couples qui ont recours aux services de sages-femmes et «laisserait certainement la porte ouverte à tous les abus». Par exemple, le critère reconnu en pratique obstétricale pour les lectures du coeur fœtal au cours du second stade de travail est une évaluation aux cinq minutes.

126. Équipe d'évaluation des projets-pilotes sages-femmes, *supra* note 2 à la p. 11. La philosophie des sages-femmes ne doit toutefois pas avoir pour effet de faire tomber le standard de soins en deçà des règles de l'art obstétrical.

127. *Loi médicale*, *supra* note 75, art. 43, al. 2 (c).

128. A. Bernardot et R.P. Kouri, *supra* note 49 à la p. 266; P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *supra* note 33 aux pp. 40-41; J.-P. Ménard et D. Martin, *supra* note 54 à la p. 102.

129. A. Bernardot et R.P. Kouri, *supra* note 49 à la p. 266.

130. P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *supra* note 33 aux pp. 39-40.

Une sage-femme ne pourrait effectuer des lectures à des intervalles significativement plus éloignés sous prétexte qu'elle n'est pas médecin : la norme obstétricale demeure identique¹³¹. En accord avec ce qui précède, précisons que les sages-femmes elles-mêmes perçoivent leur rôle comme similaire à celui des médecins de famille exerçant l'obstétrique, dans les limites évidemment de grossesses normales¹³². Or, il serait illogique et abusif de prétendre à un même degré d'expertise qu'un omnipraticien en obstétrique et de revendiquer, pour échapper à une poursuite civile, une norme de compétence différente¹³³.

Dans l'affaire *R. c. Sullivan*¹³⁴, une affaire issue de la Colombie-Britannique, deux sages-femmes faisaient l'objet d'accusations criminelles pour négligence causant d'une part la mort du fœtus et d'autre part des lésions corporelles à la mère¹³⁵. Bien que cette cause soit issue d'une province de common law et rendue dans le domaine du droit pénal, nous jugeons utile d'y référer par analogie. Après avoir scruté les agissements des deux sages-femmes en cause, la Cour suprême de Colombie-Britannique a décidé que le standard de

131. L. Nolet, *Rapport d'investigation du Coroner Louise Nolet - Décès dans une maison de naissance à Gatineau*, Québec, Bureau du coroner, 1995 aux pp. 7-8.

132. Équipe d'évaluation des projets-pilotes sages-femmes, *supra* note 2 à la p. 254. À la maison de naissance Mimosa, un vidéo nous a été présenté lors de la visite, dans lequel les sages-femmes comparent constamment leurs agissements à ceux des médecins.

133. Les sages-femmes des projets-pilotes possèdent le degré de compétence d'une intervenante de première ligne en obstétrique, tel que défini par le Conseil médical du Québec. Elle assume le suivi de grossesses normales et intervient à un moment précis de la période périnatale, soit pendant les périodes pré, per et postnatale jusqu'à six semaines après la naissance. Voir Conseil d'évaluation des projets-pilotes, *supra* note 17 à la p. 73; Conseil médical du Québec, *Avis sur une nouvelle dynamique organisationnelle à implanter, la hiérarchisation des services médicaux*, Québec, 1995 aux pp. 33-34.

134. *R. c. Sullivan*, [1991] 1 R.C.S. 489; 43 C.C.C. (3^e) 65 (C.A.); 31 C.C.C. (3^e) 62 (C.S.C.-B.).

135. La Cour a examiné le statut du fœtus et après avoir déterminé qu'il ne s'agissait pas d'une personne au sens du droit criminel, elle a acquitté les deux sages-femmes sous le premier chef. Le juge Godfrey avait acquitté les sages-femmes en première instance, mais le ministère public n'en ayant pas appelé de ce verdict, les sages-femmes ont été acquittées sous le second chef également.

soins applicable aux sages-femmes était le même que celui exigé des médecins diplômés¹³⁶ :

The standard to be applied is that of a competent childbirth attendant whether the title is midwife, general practitioner or obstetrician.(...)
The applicable standard [...] «competent midwife» or I believe «persons skilled in obstetrics whether midwife or doctor» and generally speaking that skill level is that of a general medical practitioner (...).

Le modèle de comparaison changera toutefois si la sage-femme commet une faute alors qu'elle pose des actes qui relèvent de l'obstétrique-gynécologie¹³⁷ puisque dans ce dernier cas, elle outrepassse son domaine de compétence¹³⁸. Elle verra alors ses agissements évalués et comparés à ceux d'un obstétricien-gynécologue, ce qui implique qu'on lui imposera le même degré de connaissance et d'expertise que ce spécialiste¹³⁹.

Nous avons démontré jusqu'à maintenant que la sage-femme est encadrée dans sa pratique par différentes obligations, dont la violation constitue une faute dans la mesure où sa conduite dévie de la norme objective telle que ci-haut décrite. La responsabilité personnelle de la sage-femme employée du CLSC se trouve donc engagée sur la base du régime extracontractuel en prouvant que les trois conditions dictées par le droit civil québécois, c'est-à-dire une faute, un dommage et un lien de causalité sont remplies. Mentionnons enfin que l'introduction de l'action obéit à la règle triennale de prescription civile, telle que prévue à l'article 2925 du *Code civil du Québec*.

136. *R. c. Sullivan*, 31 C.C.C. (3^e) 62 (C.S.C.-B.), 68 : repris en Cour d'appel mais la Cour suprême du Canada n'a pas statué sur cette question; voir également : S. Frost, «Case comments : R. v. Sullivan» (1989-1990) 3 R.F.D. 563.

137. Il s'agit des actes médicaux posés en dehors du cadre des articles 2 et 8 de la *Loi sur les projets-pilotes*, *supra* note 4. Cette règle trouve également application suite à la légalisation : *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 5, art. 6.

138. J.-L. Baudouin et P. Deslauriers, *supra* note 32 à la p. 852, n° 1420; P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *supra* note 33 à la p. 205.

139. En vertu de l'Annexe 1 du *Règlement sur les conditions et modalités de délivrance des certificats de spécialiste du Collège des médecins du Québec*, R.R.Q. 1981, c. M-9, r.7, l'obstétrique-gynécologie est une spécialité qui nécessite plus de 48 mois de stage de formation pratique en plus des études de médecine de base.

Dans la sous-section suivante, nous examinerons le cas du CLSC et démontrerons qu'il pourra être tenu de dédommager les victimes eu égard à la faute commise par la sage-femme qu'il emploie.

1.2 LE CENTRE LOCAL DE SERVICES COMMUNAUTAIRES

Les CLSC constituent, au sens de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*¹⁴⁰, les centres de soins et de services de première ligne dans le réseau de santé québécois. Leur contribution s'est avérée primordiale pour le développement et la légalisation de la pratique sage-femme puisqu'aucun centre hospitalier n'a instauré de projet-pilote en raison des conflits dont nous avons fait état au chapitre des relations interprofessionnelles. Les CLSC ont ainsi répondu aux demandes des femmes de recevoir des soins dans un environnement familial avec la possibilité d'accéder à l'hôpital pour des services d'obstétrique et de néonatalogie¹⁴¹.

Analysons de plus près la responsabilité du CLSC pour la faute de la sage-femme, à commencer par l'étude de la relation juridique avec la future mère.

1.2.1 Qualification de la relation juridique parturiente / CLSC

Compte tenu que les décisions des tribunaux portent beaucoup plus fréquemment sur les obligations et la responsabilité du centre hospitalier, nous procéderons à la détermination des rapports de droit entre la patiente et le CLSC par inférence de la situation juridique concrète qui prévaut entre le patient et l'hôpital. Après de longs débats doctrinaux sur la question du contrat hospitalier¹⁴², son existence est maintenant reconnue en droit québécois depuis

140. *Supra* note 6, art. 80.

141. *Loi sur les projets-pilotes*, *supra* note 4, art. 5, al. 1(4) : un projet-pilote doit comprendre un protocole d'entente pour les transferts d'urgence. En pratique, ces ententes n'ont pas toutes été signées : voir Équipe d'évaluation des projets-pilotes sages-femmes, *supra* note 2 à la p. 59.

142. Voir : A. Lajoie, P.-A. Molinari et J.-L. Baudouin, «Le droit aux services de santé : légal ou contractuel?» (1983) 43 R. du B. 675; *Contra* : S. Philips-Nootens, «La remise en cause du contrat hospitalier» (1984) 44 R. du B. 625.

la décision de la Cour d'appel rendue dans l'affaire *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*¹⁴³. Ceci implique que la responsabilité du CLSC pour la faute d'autrui aura un fondement contractuel ou légal, selon la nature contractuelle ou extracontractuelle des rapports entretenus avec la parturiente. C'est donc par l'analyse de la situation concrète entre celle-ci et l'établissement que nous établirons les règles de droit qui gouvernent la relation.

La future mère qui désire recevoir les soins d'une sage-femme choisit et se présente dans un CLSC qui a instauré un projet-pilote sage-femme. Bien que cet établissement se trouve dans l'obligation de fournir¹⁴⁴ ce type de soins via les sages-femmes qu'il emploie et qui travaillent au sein de sa maison de naissance (la doctrine réfère au concept de «contrat forcé»¹⁴⁵), un rapport consensuel naît de la volonté exprimée par la femme de recevoir les soins sages-femmes de ce CLSC en particulier. Par conséquent, la relation juridique entre la parturiente et le CLSC est de nature contractuelle, ce qui entraîne l'application du régime contractuel de responsabilité pour la faute d'autrui, prévu à l'article 1458 C.c.Q. Dans ce régime, l'institution engage sa responsabilité directement de l'inexécution de ses obligations contractuelles¹⁴⁶ :

Quelle que soit la profession de la personne que l'hôpital se substitue en vue de l'exécution de ses propres obligations, cela n'a aucune espèce d'incidence sur sa responsabilité civile¹⁴⁷.

Le CLSC n'étant tenu qu'à ses propres obligations, il devient nécessaire de déterminer le contenu obligationnel du contrat. Cela se traduit par le fardeau, pour la parturiente victime d'une faute sage-femme causale d'un dommage, de prouver précisément que les soins et services de la sage-femme employée font partie de ce contrat.

143. *Supra* note 106 à la p. 2625.

144. L.S.S.S.S., *supra* note 6, art. 100.

145. S. Nootens, *supra* note 142 à la p. 627 et s.

146. *Houde c. Côté*, *supra* note 123 (C.A.) (opinions des juges Chouinard et Monet); *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, *supra* note 106, (j. LeBel, Monet et Mailhot); A. Bernardot et R.P. Kouri, *supra* note 49 aux pp. 256, 326; P.-A. Crépeau, *supra* note 48 à la p. 717; D. Jutras, «Réflexions sur la réforme de la responsabilité médicale au Québec» (1990) 31 C. de D. 821 à la p. 830.

147. A. Bernardot et R.P. Kouri, *supra* note 49 à la p. 327.

Tel que précédemment établi, la parturiente s'adresse au CLSC, au sein duquel se trouve une maison de naissance, pour y recevoir des soins et services sages-femmes «adéquats sur les plans à la fois scientifique, humain et social, avec continuité et de façon personnalisée»¹⁴⁸. L'établissement introduit lui-même des tiers, en l'espèce les sages-femmes qu'il emploie, pour l'exécution de ses propres obligations. C'est lui qui organise et gère les soins sages-femmes via la maison de naissance qu'il a expressément aménagée à cette fin, en plus de fournir un support médical et de prévoir des mesures de sécurité en cas d'urgence¹⁴⁹. Les obligations qui découlent de cette pratique sont directement assumées par le CLSC. Ce dernier est par conséquent le véritable débiteur de l'obligation de fournir les soins sages-femmes, lesquels font partie du contrat avec la future mère et constituent une prestation de l'établissement : *qui agit per alium agit per se*¹⁵⁰. La sage-femme employée qui commet une faute causale d'un dommage engage la responsabilité de son employeur, le CLSC, qui lui a confié l'exécution du contrat. D'ailleurs, nous appliquons au CLSC le passage d'une décision qui provient d'une espèce en responsabilité hospitalière et dont les propos sont ceux de madame la juge L'Heureux-Dubé :

À partir du moment où l'établissement hospitalier s'engage à fournir des soins médicaux, la nécessaire substitution d'un tiers pour l'exécution de l'obligation ne saurait en modifier le caractère¹⁵¹.

Précisons que dans ce régime, le clsc répond d'un dommage causé par un intervenant, même anonyme, qu'il a introduit dans l'exécution du contrat s'il est évident que le préjudice a été causé *intra muros*¹⁵². Remarquons que, même dans l'éventualité où la thèse du contrat hospitalier devait ne pas être reconnue par la Cour suprême, la relation CLSC/sage-femme employée permettra toujours à la patiente de poursuivre le CLSC sur la base de la responsabilité civile du

148. *L.S.S.S.*, *supra* note 6, art. 5.

149. *Loi sur les projets-pilotes*, *supra* note 4, art. 5, al. 2.

150. *Hôpital général de la région de l'amiante c. Perron*, *supra* note 51 à la p. 582 : la Cour d'appel a retenu la responsabilité du centre hospitalier pour la faute du personnel infirmier; P.-A. Crépeau, *supra* note 48; F. Tôth, *supra* note 45 aux pp. 324-325.

151. *Bernard c. Cloutier*, [1982] C.A. 289 à la p. 292.

152. F. Tôth., *supra* note 45 à la p. 325; voir la sous-section 2.1.2 de la présente partie ci-dessous.

commettant pour la faute de sa préposée¹⁵³, ce qui est un net avantage. La *Loi sur les sages-femmes*¹⁵⁴ représente à ce sujet un très net recul pour les femmes¹⁵⁵. Analysons, tout comme nous l'avons fait pour la sage-femme, le degré de l'obligation que le droit impose au CLSC.

1.2.2 Intensité de l'obligation

Généralement, l'établissement de soins assume envers les patients une obligation de moyens¹⁵⁶. Bien qu'il se substitue des professionnels, dont les sages-femmes, pour remplir ses obligations, le CLSC demeure soumis à ce devoir de prudence et de diligence dont la violation s'apprécie selon le modèle *in abstracto*.

Cet énoncé reste vrai tant en présence du régime contractuel de responsabilité qu'extracontractuel¹⁵⁷. Néanmoins, puisque nous avons établi la nature contractuelle de la relation entre la parturiente et le CLSC, nous jugeons opportun de citer à nouveau les auteurs Bernardot et Kouri et de transposer leurs propos aux centres locaux de services communautaires :

L'hôpital est devenu au moment de l'échange des consentements, son débiteur contractuel. Il s'engage aux termes de son contrat, à fournir des soins consciencieux, diligents, prudents, compte tenu des données modernes de la science. Son obligation, obligation de moyens, peut engager sa responsabilité si un des membres de l'équipe médicale commet une faute dans l'administration des soins qu'il s'est engagé par convention à fournir¹⁵⁸. (Nous soulignons)

Par exception, le CLSC peut être tenu à une obligation de résultat. Ceci signifie que le défaut d'atteindre le résultat constitue une faute pouvant engager

153. Art. 1463 C.c.Q.

154. *Supra* note 5.

155. Voir la partie II ci-dessous.

156. *Hôpital général de la région de l'amiante c. Perron*, *supra* note 51 à la p. 575; *Gravel c. Hôtel-Dieu d'Amos*, *supra* note 51 à la p. 816; J.-L. Baudouin et P. Deslauriers, *supra* note 32 à la p. 883 et s.; P.-A. Crépeau, *supra* note 48 à la p. 711.

157. F. Tôth, *supra* note 49 à la p. 46.

158. A. Bernardot et R.P. Kouri, *supra* note 49 à la p. 326.

la responsabilité de l'établissement. Par exemple, la mauvaise distribution d'un produit pharmaceutique ou un mauvais classement de dossiers tombent dans la catégorie des obligations de résultat¹⁵⁹.

Quels que soient le fondement du recours et l'intensité de l'obligation, la responsabilité du CLSC pour la faute de la sage-femme qu'il emploie ne se limite pas au recours de la parturiente. En effet, plusieurs personnes peuvent subir directement un préjudice de l'imprudence ou de la négligence de la sage-femme dans sa pratique de l'art obstétrical. Toutes ces personnes possèdent également le droit de prendre action directement contre cette dernière mais en pratique, comme le CLSC répond des fautes de la sage-femme employée et présente une meilleure garantie de solvabilité, les victimes ont tout avantage à concentrer leur poursuite sur l'établissement ou à tout le moins, le désigner codéfendeur solidaire dans la même action¹⁶⁰.

1.2.3 Titulaires du recours

À l'opposé de la plainte disciplinaire en vertu de la *Loi sur la pratique des sages-femmes dans le cadre de projets-pilotes*¹⁶¹, le recours civil est celui qui permet l'indemnisation pécuniaire des différentes victimes de la faute d'une sage-femme. Puisque le droit québécois permet la compensation des victimes immédiates et des victimes par ricochet, nous aborderons successivement l'étude des fondements de l'action civile pour chacune de ces catégories.

a) Victimes immédiates

La parturiente qui subit un préjudice corporel suite à la faute de la sage-femme est une victime immédiate. Comme nous l'avons démontré, son recours se situe sur une base extracontractuelle contre la sage-femme employée par le CLSC et c'est le régime contractuel de responsabilité, personnelle ou pour autrui, qui s'applique à l'encontre de ce dernier. Concrètement, la réclamation

159. P.-A. Crépeau, *supra* note 48 à la p. 714.

160. Art. 1457, 1463 *C.c.Q.* : pour le recours des victimes par ricochet.

161. *Supra* note 4; l'annexe 6 présente le processus de plainte disciplinaire dans les projets-pilotes.

de la mère peut notamment comporter les chefs de dommages suivants : souffrances, douleurs et inconvénients, préjudices physique et esthétique, perte de revenus comme conséquence d'une hospitalisation, etc.¹⁶².

L'enfant qui naît avec un handicap ou une déficience suite à une faute de la sage-femme est également une victime immédiate. Son recours s'exerce via ses tuteurs légaux, en l'occurrence ses parents¹⁶³. Il est vrai que le mineur de moins de quatorze ans fait l'objet d'une incapacité juridique générale de contracter¹⁶⁴. Cependant, le mécanisme de la stipulation pour autrui fait en sorte que le fondement de l'action contre le CLSC se situe sur le plan contractuel, celui-ci s'étant engagé avec la mère pour que des soins et services sage-femme soient dispensés au bénéfice de l'enfant¹⁶⁵ et demeure extracontractuel contre la sage-femme puisqu'il n'existe au départ aucun contrat entre celle-ci et la mère. Les chefs de réclamation consistent notamment en perte de capacité de gains, coûts des soins futurs, frais de gestion et de placement, provision pour impôt, souffrances, inconvénients, pertes de jouissance de la vie, etc. Puisqu'il s'agit d'un préjudice subi en très bas âge, les sommes accordées sont généralement assez élevées¹⁶⁶. Par contre, si cet enfant décède, le dommage se cristallise au décès et le recours s'exerce alors par les héritiers sur la base du même régime juridique, extracontractuel contre la sage-femme et contractuel contre le CLSC, car ils sont investis des mêmes droits que le défunt¹⁶⁷. Cette situation se distingue d'un cas de mortinaissance survenu suite à la faute d'une sage-femme puisque dans cette dernière hypothèse, le bébé mort-né n'a jamais existé au sens juridique du terme¹⁶⁸. Par conséquent, les héritiers du bébé mort-né ne pourront continuer son recours puisque le droit de prendre action et de réclamer des dommages n'a jamais fait partie de son patrimoine.

162. *Gravel c. Hôtel-Dieu d'Amos*, *supra* note 51; *Stéfanik c. Hôtel-Dieu de Lévis*, *supra* note 81; P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *supra* note 33 aux pp. 51-53.

163. Art 159, 192 C.c.Q.

164. *Ibid.*, art. 155 et s. et 1385; Rappelons toutefois que dans l'affaire *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, *supra* note 106, la Cour d'appel a conclu à l'existence d'un contrat avec une fillette de quatre ans, sans expliquer ses motifs sur ce point.

165. Art. 1444 C.c.Q.; P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *supra* note 33 à la p. 13.

166. *Gravel c. Hôtel-Dieu d'Amos*, *supra* note 51; *Stéfanik c. Hôtel-Dieu de Lévis*, *supra* note 81.

167. Arté 625, 1610 C.c.Q.; *Stéfanik c. Hôtel-Dieu de Lévis*, *supra* note 81.

168. *R. c. Sullivan*, *supra* note 134 (C.S.C.).

Pour échapper à une condamnation sur la base de la responsabilité contractuelle pour la faute d'autrui, le CLSC tentera de démontrer que la faute n'a pas été commise dans le cadre de l'exécution de ce contrat. L'exonération de l'établissement sur ces bases s'avère à notre avis assez aléatoire. En effet, pour les raisons précédemment exposées, le contenu du contrat entre la parturiente et le CLSC comprend les soins fournis par les sages-femmes qu'il emploie et aucune relation contractuelle distincte ne se forme avec la sage-femme employée et préposée. Ceci ne signifie pas que le CLSC ne dispose d'aucun moyen de défense puisqu'il peut démontrer que la patiente a causé son propre dommage, que la faute découle des agissements d'un tiers équivalant à force majeure, que la sage-femme a agi dans le cadre d'une convention parallèle entre la parturiente et un médecin, ou qu'une des trois conditions de la responsabilité civile, à savoir la faute, le dommage et le lien entre ces deux premiers éléments fait défaut.

b) Victimes par ricochet

Les proches de la parturiente et du nouveau-né peuvent également subir un préjudice en raison de la faute commise par la sage-femme : ce sont les victimes par ricochet. Dans *l'affaire Stéfanik*¹⁶⁹, les père, mère, demi-frères et demi-soeurs ont été indemnisés pour le décès d'Alexandre, qui a souffert d'un lourd handicap de sa naissance jusqu'à sa mort à l'âge de sept ans. Quant à Maxime, le jumeau mort-né, la preuve a démontré que son décès était antérieur aux fautes commises par les médecins. Incidemment, aucun dommage n'a été accordé aux proches pour la perte de Maxime. Remarquons que la perte du bébé aurait été un dommage indemnisable pour les proches si la mortinaissance avait été la conséquence d'une faute¹⁷⁰.

169. *Supra* note 81.

170. *Langlois c. Meunier*, [1973] C.S. 302 à la p. 305 : «(...) on ne peut parler de la perte de son enfant pour autant que celui-ci soit né et viable. Est-ce à dire cependant que la perte de l'enfant à naître [...] ne cause pas un préjudice susceptible d'être indemnisé? Cet enfant à naître n'est certes pas une personne et les principes du droit civil concernant le décès ne peuvent s'y appliquer. Cela ne signifie pas pour autant que sa perte ne constitue pas un dommage» (Nous soulignons).

Les victimes par ricochet peuvent être indemnisées pour autant que leur préjudice soit personnel¹⁷¹, certain, immédiat et direct¹⁷². Leur réclamation comporte notamment les pertes de salaire, perte de soutien matériel, coûts des soins fournis, anxiété, *solatium doloris*¹⁷³, etc. La base de leur action contre tous les codéfendeurs se situe nécessairement dans le régime extracontractuel de responsabilité puisque les victimes par ricochet n'ont jamais contracté ni avec la sage-femme employée, ni avec le CLSC. La responsabilité de l'établissement pour la faute de la sage-femme employée trouve donc sa source dans l'article 1463 du *Code civil du Québec*.

Dans ce contexte, les victimes par ricochet doivent démontrer que la sage-femme a commis une faute civile dans le cadre de l'exécution de ses fonctions et qu'elle est véritablement la préposée du CLSC¹⁷⁴. Dans la mesure où la sage-femme est employée¹⁷⁵ par l'établissement et fournit des soins en raison d'un contrat qui la lie à celui-ci, la situation est claire et cette preuve s'avère assez facile, comparativement à la situation de la sage-femme «entrepreneure indépendante», comme nous en traiterons ultérieurement. D'ailleurs, le *Code civil* prévoit le lien de subordination lorsqu'il stipule que le salarié s'engage «à effectuer un travail sous le contrôle ou la direction d'une autre personne, l'employeur»¹⁷⁶. Une fois les conditions du régime réunies, une présomption irréfutable de responsabilité joue contre le commettant de la sage-femme, en l'occurrence le CLSC, qui ne peut s'exonérer qu'en démontrant l'absence d'un ou plusieurs des éléments¹⁷⁷ de l'article 1463 du *Code civil*.

171. *Covet c. Jewish General Hospital*, [1976] C.S. 1390.

172. *Gravel c. Hôtel-Dieu d'Amos*, *supra* note 51.

173. Le *solatium doloris* est indemnisable depuis la décision *Augustus c. Gosset* [1996] 3 R.C.S. 268. Pour une étude plus approfondie, voir : J.-L. Baudouin et P. Deslauriers, *supra* note 32 à la p. 258 et s., n^{os} 393-400.

174. J.-P. Ménard et D. Martin, *supra* note 54 à la p. 10.

175. A. Bernardot et R.P. Kouri, *supra* note 49 à la p. 365; P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *supra* note 33 à la p. 77.

176. Art. 2085 *C.c.Q.*

177. Le commettant doit donc prouver que la sage-femme n'a pas commis de faute, qu'elle ne se trouvait pas dans l'exécution de ses fonctions ou qu'elle n'était pas sa préposée. De même, le CLSC peut s'exonérer en prouvant la faute de la victime ou la force majeure. Voir : J.-L. Baudouin et P. Deslauriers, *supra* note 32 aux pp. 420-421, n^{os} 653-657.

Un autre moyen d'exonération pour le CLSC consiste à prouver que la sage-femme agit comme préposée d'une autre personne qui devient le commettant momentané dès lors que s'opère un transfert d'autorité et que s'effectue un contrôle sur les actes posés par la sage-femme¹⁷⁸. Il pourrait notamment s'agir d'un obstétricien-gynécologue. Il ne faudrait toutefois pas conclure à un lien de préposition à chaque fois qu'un médecin demande à la sage-femme d'effectuer une manipulation. En effet, le propre du travail de cette dernière consiste à procurer des soins dans le cadre d'une pratique obstétricale et lorsque l'acte fait partie de ses tâches habituelles, la sage-femme employée effectue une prestation du CLSC et demeure la préposée de ce dernier¹⁷⁹. Ainsi, le médecin qui consent à assumer un suivi conjoint avec la sage-femme ne devient pas *ipso facto* le commettant momentané de celle-ci¹⁸⁰. Le transfert du lien de préposition s'opère plutôt lorsque la sage-femme pose des actes qui relèvent de l'activité médicale propre au médecin et que celui-ci exerce un contrôle de l'exécution de cet acte. Pour illustrer cette dernière affirmation, prenons l'exemple de l'obstétricien qui autoriserait une sage-femme à pratiquer une césarienne sous sa supervision. Il s'agit clairement d'un acte qui se situe en dehors du champ d'exercice de la sage-femme. Par conséquent, l'obstétricien qui assume la supervision et le contrôle de l'exécution d'une telle intervention par une sage-femme devient le commettant momentané, en prenant pour acquis qu'il n'est pas lui-même un préposé du centre hospitalier. Dans la mesure où aucun contrat médical n'intervient entre la parturiente et le médecin, la responsabilité de ce dernier, commettant momentané, peut être engagée sur la base du régime extracontractuel pour la faute commise par la sage-femme¹⁸¹ dans la sphère médicale. Cependant, en présence d'un contrat médecin / patiente, la responsabilité du médecin, ne peut être recherchée que sur la base

178. *Ibid.* à la p. 427 et s.

179. P.-A. Crépeau, *supra* note 48 à la p. 719; J.-P. Ménard et D. Martin, *supra* note 54 à la p. 117.

180. *Loi sur les projets-pilotes*, *supra* note 4, art. 8, al. 2 : par exemple, on ne saurait prétendre que le médecin devienne le commettant de la sage-femme lorsqu'il assume une portion bien délimitée du suivi de grossesse, comme dans le cas d'une infection urinaire : voir la sous-section 2.2.2 de la présente partie ci-dessous.

181. Art. 1463 C.c.Q.; le médecin répond également de ses propres fautes selon le régime extracontractuel : Art. 1457 C.c.Q.

du contrat¹⁸². Il n'est alors plus question de commettant momentané ni de lien de préposition.

Enfin, peu importe qu'il s'agisse d'une victime immédiate ou par ricochet, la poursuite dirigée à l'encontre du CLSC sur la base de la responsabilité pour la faute d'autrui obéit aux mêmes règles de prescription que celle intentée contre la sage-femme employée, soit dans les trois ans à compter de la connaissance du préjudice¹⁸³. La présence de deux défendeurs, sage-femme et CLSC, n'a toutefois pas pour effet d'accorder une double indemnisation puisque seul le préjudice subi doit être compensé¹⁸⁴.

1.2.4 Indemnisation

En pratique, les victimes d'une faute médicale sont peu nombreuses à prendre action et ce, pour plusieurs raisons : coût d'un procès très élevé, difficultés à trouver des experts prêts à témoigner contre des confrères, litige s'étendant sur plusieurs années, coût moral d'une poursuite, etc.¹⁸⁵. Quant aux rares d'entre elles qui poursuivent, le règlement à rabais se présente souvent comme une issue salvatrice face à un assureur-responsabilité qui offre une protection illimitée à ses membres. Ces contraintes se répercutent également dans une poursuite en responsabilité relative à la pratique de la sage-femme employée du CLSC, d'autant plus que pour une question de solvabilité, les victimes intentent avant tout leur recours contre le CLSC, couvert par une assurance-responsabilité. Nous croyons toutefois que les victimes peuvent bénéficier sans difficulté de l'expertise médico-légale d'un médecin en obstétrique, compte tenu des oppositions professionnelles médecins / sages-femmes qui existent au Québec depuis les trente dernières années.

182. Art. 1458 *c.c.Q.*

183. Art. 2925-2926 *C.c.Q.*

184. Art. 1611 *C.c.Q.*; A. Bernardot et R.P. Kouri, *supra* note 49 à la p. 264.

185. Un rapport révèle que moins de 10% des cas où une faute médicale a été commise font l'objet d'une poursuite : voir J. R. S. Prichard, *La responsabilité et l'indemnisation dans les soins de santé*, Toronto, University of Toronto Press, 1990; pour une étude des différents problèmes soulevés par une poursuite en responsabilité médicale, voir : P.-G. Jobin, «Est-ce l'heure d'une réforme?» (1987) 28 C. de D. 111; J. Ramsay, *La responsabilité médicale au Québec : un constat et une analyse des avenues de réforme*, essai de maîtrise en droit de la santé, Université de Sherbrooke, 1998 [non publié].

À l'issue du procès, le juge conclut en faveur de la partie demanderesse si la preuve qu'elle a présentée est prépondérante, répondant ainsi au critère de la balance des probabilités¹⁸⁶. Une condamnation civile de la sage-femme et du CLSC signifie un partage de responsabilité entre eux et l'assureur-responsabilité assume le montant de la condamnation.

a) Partage de responsabilité

À l'égard des victimes immédiates, rappelons que les régimes de responsabilité se situent sur la base extracontractuelle pour la sage-femme employée et contractuelle pour le CLSC. Cette situation sort clairement des paramètres fixés par le *Code civil* à l'effet que la solidarité ne se présume pas en présence de deux débiteurs d'une obligation contractuelle, à moins qu'elle n'ait été expressément stipulée¹⁸⁷ et que la règle de la solidarité parfaite s'applique dans le cadre de fautes commises par deux ou plusieurs personnes alors que l'obligation est extracontractuelle¹⁸⁸. Puisque les rapports juridiques ont un fondement différent, une condamnation de la sage-femme employée et du CLSC se traduit par l'obligation de répondre *in solidum*¹⁸⁹ (solidarité imparfaite) face aux victimes immédiates, ce qui signifie que chacun est tenu pour le tout, sans que la poursuite ne bénéficie de l'interruption civile de prescription¹⁹⁰.

Par ailleurs, la solidarité parfaite reste possible en présence d'un fait collectif fautif ou lorsque plusieurs personnes ont commis des fautes distinctes dont chacune est susceptible d'avoir causé le préjudice, bien qu'il demeure impossible de déterminer laquelle l'a effectivement causé¹⁹¹. La pratique des sages-femmes se prête certainement à l'application de ce dernier principe puisque, comme nous l'avons démontré, les sages-femmes travaillent toujours

186. Art. 2804 *C.c.Q.*

187. *Ibid.*, art. 1525, al. 1.

188. Art. 1526 *C.c.Q.*

189. *Houde c. Côté*, *supra* note 123 (juge Monet); *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, *supra* note 106; *Stéfanik c. Hôpital Hôtel-Dieu de Lévis*, *supra* note 81 à la p. 1355.

190. Art. 2900 *C.c.Q.*, *a contrario*.

191. Art. 1480 *C.c.Q.*

en équipe de deux et interagissent lors de l'accouchement, parfois même avec la participation d'une aide natale. En cas de fautes distinctes de toutes ces intervenantes et du CLSC, il peut donc s'avérer impossible d'identifier précisément celle qui est causale du dommage. L'article 1480 du *Code civil du Québec*, qui s'applique même dans le cas de régimes mixtes de responsabilité (contractuel et extracontractuel)¹⁹², permet alors de retenir la responsabilité solidaire des sages-femmes et du CLSC.

Face aux proches de la parturiente et du nouveau-né, la responsabilité civile de la sage-femme employée et du CLSC est solidaire et entraîne l'interruption de prescription¹⁹³ puisque le fondement du recours se situe dans le régime extracontractuel à l'encontre de chacun¹⁹⁴.

Dans tous les cas que nous avons décrits, le tribunal fixe la part de chacun des codéfendeurs dans la condamnation totale¹⁹⁵. Le CLSC qui a été tenu de payer pour la sage-femme conserve néanmoins un recours récursoire contre elle¹⁹⁶. Précisons que pour des raisons de solvabilité, ce recours demeure néanmoins illusoire¹⁹⁷.

192. En effet, l'article 1480 *C.c.Q.* n'opère pas la distinction des articles 1525 et 1526 *C.c.Q.* entre les régimes contractuel et extracontractuel de responsabilité.

193. Art. 2900 *C.c.Q.*

194. Art. 1526 *C.c.Q.* : Une application stricte de cet article qui exige «la faute de deux personnes ou plus» amène à la conclusion que la solidarité ne devrait pas s'appliquer au CLSC, responsable pour autrui, qui n'a pas commis de faute. Néanmoins, la responsabilité solidaire du préposé et du commettant se fonde sur cet article par extension; *Martel c. Hôtel-Dieu St-Vallier*, *supra* note 72 à la p. 749 : «Il convient d'observer qu'il n'est aucunement contraire à la notion de solidarité que de considérer solidaires à l'égard du créancier deux débiteurs dont l'un est, envers l'autre, responsable du tout.».

195. Art. 469 *C.p.c.*

196. Art. 1536-1537 *C.c.Q.*; *Bernard c. Cloutier*, *supra* note 151. Notons toutefois que certaines conventions collectives dans le secteur de la santé empêchent l'employeur d'exercer un recours récursoire à l'encontre d'un employé qui a commis une faute dans l'exécution de ses fonctions : voir A. Bernardot et R.P. Kouri, *supra* note 49 à la p. 328.

197. J.-L. Baudouin et P. Deslauriers, *supra* note 32 à la p. 420, n° 654.

b) Assurance-responsabilité

Au Québec, les établissements de santé ont l'obligation de contracter une assurance-responsabilité civile à l'égard des actes dont il peuvent être appelés à répondre¹⁹⁸, ce qui constitue une garantie de solvabilité pour les victimes. Suite au retrait de plusieurs assureurs dans ce domaine d'activités¹⁹⁹, les hôpitaux ont créé leur propre Fonds d'assurance-responsabilité. C'est ainsi que malgré des préoccupations quant aux coûts additionnels que cela risquait d'engendrer pour les établissements du réseau de la santé²⁰⁰, l'Association des Hôpitaux du Québec (A.H.Q.) a couvert la responsabilité des CLSC pour la pratique des sages-femmes dans les projets-pilotes²⁰¹. Nous verrons dans la seconde partie de cette étude que la situation est sensiblement différente si les sages-femmes deviennent des entrepreneures indépendantes au sein du réseau de santé et de services sociaux.

Après avoir exposé les considérations juridiques générales de la responsabilité pour la faute de la sage-femme employée par le CLSC, nous illustrerons davantage les principes étudiés à l'aide de situations particulières afférentes à cette pratique en maison de naissance.

198. L.S.S.S.S., *supra* note 6, art. 267; *Règlement sur l'organisation et l'administration des établissements*, *supra* note 72, art. 13.

199. Le nombre croissant de poursuites dans le domaine médical combiné à une crise mondiale de la réassurance dans les années 1980 ont causé une augmentation vertigineuse des primes et le retrait des assureurs-responsabilité : voir J.-L. Baudouin, «Vers l'amélioration d'un système basé sur la faute» (1987) 28 C. de D. 117 à la p. 118; P.-G. Jobin, *supra* note 185 à la p. 113; D. Jutras, *supra* note 146 à la p. 824.

200. Association des hôpitaux du Québec, *Mémoire sur le Projet de loi 156 concernant la Loi sur la pratique des sages-femmes dans le cadre de projets-pilotes*, Montréal, A.H.Q., 1989 aux pp. 8-10, 19.

201. Ceci avait été préconisé par le Conseil du statut de la femme : *Réaction du CSF au document du MSSS intitulé «La périnatalité au Québec, étude d'un moyen pour atteindre les objectifs : la pratique des sages-femmes»*, Québec, Conseil du statut de la femme, 1987 à la p. 13; Conseil du statut de la femme, *supra* note 27 à la p. 10.

2. LA PRATIQUE EN MAISON DE NAISSANCE

La maison de naissance constitue l'endroit spécialement aménagé par le CLSC parrain pour permettre les accouchements assistés par des sages-femmes dans le cadre des projets-pilotes²⁰². Pour y travailler, ces dernières ont l'obligation d'être accréditées par le Comité d'admission à la pratique qui a notamment pour fonction de déterminer si la sage-femme qui en fait la demande est apte à pratiquer dans un projet-pilote²⁰³. Cette évaluation se fait conformément au *Règlement sur les critères généraux de compétence et de formation des sages-femmes*²⁰⁴. La Coroner Louise Nolet a cependant formulé des commentaires qui laissent songeur quant à la sécurité des mères et nouveau-nés relativement à l'accréditation des sages-femmes :

Les candidates au poste de sages-femmes sont évaluées en trois étapes distinctes, soit l'étude de leur dossier, l'examen écrit ainsi que l'examen oral et clinique. Au printemps 1993, 15 sages-femmes avaient réussi ces trois étapes [...]. Considérant le début prochain des projets-pilotes nécessitant alors l'élargissement du bassin de sages-femmes, besoin estimé de 52 sages-femmes, le 16 février 1994 le Comité d'admission à la pratique des sages-femmes décidait d'accélérer le processus et autorisait, pour les sages-femmes en voie d'accréditation, l'accès direct à l'examen oral et clinique²⁰⁵.

Parmi les sages-femmes rejetées lors des examens d'admission, certaines ont continué une pratique privée à domicile, illégale en vertu de la *Loi 4*. En 1995, on dénombrait ainsi plus de 177 naissances à domicile²⁰⁶. La compétence des sages-femmes pratiquant ces accouchements n'est pour ainsi dire pas contrôlée puisqu'elles oeuvrent dans la clandestinité, en marge du système de santé. Incidemment, cette situation comporte des risques supplémentaires pour les futurs parents comparativement à ceux qui consultent les sages-femmes en maison de naissance. D'ailleurs, le contrôle de la pratique sage-femme à

202. *Loi sur les projets-pilotes*, *supra* note 4, art. 5, al. 2.

203. *Ibid.*, art. 23, al. 1(2).

204. *Ibid.*, art. 23, al. 1(1); *Règlement sur les critères généraux de compétence et de formation des sages-femmes*, *supra* note 10.

205. Bureau du coroner, *supra* note 131 à la p. 24.

206. Conseil d'évaluation des projets-pilotes, *supra* note 17 aux pp. 5-6.

l'intérieur des différents projets-pilotes s'effectue notamment par le Conseil multidisciplinaire dont les fonctions sont d'apprécier les actes posés par les sages-femmes et d'élaborer des règles de soins²⁰⁷. Nous ne pouvons néanmoins passer sous silence l'absence des obstétriciens-gynécologues sur les Conseils multidisciplinaires²⁰⁸ et le fait que les règles de soins présentent des caractéristiques très variables d'une maison de naissance à l'autre²⁰⁹. Ceci a certainement contribué au manque d'homogénéité dans les pratiques dont fait état l'Équipe d'évaluation des projets-pilotes :

Les sages-femmes se distinguent entre elles et cela va au-delà de leur formation de base comme autodidactes ou diplômées. Elles présentent des trajectoires très variées. Si bon nombre sont québécoises d'origine, plusieurs le sont devenues plus récemment, venant de pays aussi divers que l'Écosse, la France, la Tunisie, le Liban ou l'Angleterre, où la formation, les lois et les pratiques ne sont pas les mêmes. Certaines Québécoises ont aussi étudié et obtenu leur diplôme de sage-femme à l'étranger. Quelques sages-femmes n'ont pas pratiqué depuis des années tandis que d'autres ont pratiqué en clandestinité au Québec [...]. Enfin, elles peuvent être habituées à travailler dans un environnement plus bureaucratisé que les maisons de naissance ou en toute liberté sans aucune des contraintes inhérentes à la légalisation d'une profession²¹⁰.

Toutes ces circonstances, conjuguées à une expérimentation et une évaluation jugées trop courtes par plusieurs²¹¹ expliquent en partie les tensions médecins / sages-femmes. Or, la collaboration entre le corps médical et les sages-femmes devient parfois nécessaire en raison de la condition médicale

207. *Loi sur les projets-pilotes*, *supra* note 4, art. 16, al. 1(1) (2).

208. Conseil d'évaluation des projets-pilotes, *supra* note 17 à la p. 33 : en pratique, les sages-femmes sont prépondérantes sur les Conseils multidisciplinaires.

209. Équipe d'évaluation des projets-pilotes sages-femmes, *supra* note 2 à la p. 76.

210. *Ibid.* à la p. 107; l'absence totale des sages-femmes aux séances de perfectionnement données par des médecins ne contribue pas à uniformiser la pratique. Ceci est d'autre part très peu rassurant compte tenu du fait que les séances de perfectionnement portent sur les mesures d'urgence, l'utilisation des différentes techniques ainsi que sur les méthodes et appareils à utiliser lorsque l'accouchement tourne mal : J.-F. Lépine, *supra* note 17.

211. Conseil d'évaluation des projets-pilotes, *supra* note 17 aux pp. 33-34.

précaire de la mère ou du nouveau-né. Cette interaction professionnelle peut toutefois signifier des implications supplémentaires quant à la responsabilité civile, ce qui contribue certainement à accroître les conflits. En effet, même si certaines situations ne se prêtent qu'à l'analyse de la responsabilité des sages-femmes oeuvrant dans les maisons de naissance et du CLSC, d'autres cas font intervenir la responsabilité du médecin pour une faute personnelle ou pour la faute d'autrui.

2.1 SANS INTERVENTION D'UN MÉDECIN

La sage-femme, faut-il le rappeler, assure le suivi de grossesses normales²¹², ce qui comporte de façon non limitative : la transmission d'informations et de conseils reliés à la périnatalité²¹³, l'examen de la mère et du nouveau-né, la prescription de médicaments, de tests sanguins et d'échographies²¹⁴, la pratique de l'amniotomie ainsi que l'application et l'interprétation du monitoring fœtal²¹⁵. Dans ce champ d'activités, dans la mesure où la grossesse ne devient pas à risque, la sage-femme n'a pas l'obligation de recourir aux médecins et demeure maître de son jugement clinique peu importe son statut. Ceci implique, comme nous en avons traité dans l'obligation de soigner²¹⁶, qu'elle doit procéder à tous les tests nécessaires pour

212. *Loi sur les projets-pilotes*, *supra* note 4, art. 2, 8, 23; *Règlement sur les risques*, *supra* note 40; *Loi prolongeant l'effet de certaines dispositions de la Loi sur la pratique des sages-femmes dans le cadre de projets-pilotes*, *supra* note 5.

213. Annexe 3, «Liste d'actes sages-femmes autorisés», art. 2, actes 1, 4, 10.

214. *Ibid.*, art. 2, actes 2 (a)-(h) et art. 5, actes 1-10; Annexe 4, «Liste de médicaments autorisés».

215. Annexe 3, «Liste d'actes sages-femmes autorisés», art. 2, actes 5 (c) (d) et 6 (a) : rappelons que la maison de naissance Mimosa à St-Romuald ne dispose pas du monitoring fœtal. À ce sujet, la décision *Kuan (Guardian ad litem of) c. Harrison*, [1997] B.C.J. n° 1215, (C.S.C.-B.), en ligne : QL (BCJ) fait état de la responsabilité d'un médecin et d'une infirmière qui n'ont pas effectué de monitoring fœtal suite à l'administration d'une médication pour stimuler les contractions de la patiente. La Cour suprême de Colombie-Britannique a jugé que «[...] once the drug administered, the continuing disregard of both the attending doctor and nurse in the fetal monitoring strip resulted in a failure to meet the standards of their respective professions and constituted negligence». La responsabilité de la sage-femme pourrait également être engagée pour une telle faute puisque sa conduite doit être comparée à celle d'un médecin généraliste oeuvrant en obstétrique (voir *supra*, pages 25 à 28 «Intensité de l'obligation et norme de conduite»).

216. Voir la sous-section 1.1.2 b) ci-dessus.

déceler une condition qui dévie de la normalité²¹⁷. Dans le cadre de la pratique, l'interaction entre les différentes sages-femmes employées du CLSC peut provoquer une incertitude quant à la délimitation de la responsabilité.

2.1.1 La participation de la sage-femme jumelle

Nous avons démontré que la période périnatale se déroule en pratique avec la participation de plusieurs intervenantes, dont la sage-femme principale qui s'occupe du suivi général et la jumelle, qui assiste la mère lors de l'accouchement en plus de prendre la relève lors des vacances de la première²¹⁸. La question est donc d'identifier la responsabilité advenant une faute causale d'un dommage.

En raison du statut d'employées des sages-femmes et du fait qu'elles exécutent une prestation du CLSC, la responsabilité de ce dernier face aux victimes immédiates se trouve engagée sur la base du régime contractuel pour la faute d'une de ses sages-femmes. Quant aux victimes par ricochet, puisque leur poursuite contre le CLSC se fonde sur la responsabilité des commettants de l'article 1463 du *Code civil*, elles doivent nécessairement prouver le lien de préposition des sages-femmes par rapport à l'établissement pour tenir ce dernier responsable pour autrui. Ceci pose néanmoins peu de difficulté, tel que nous l'avons établi²¹⁹, en présence d'un contrat d'emploi. Il est utile de préciser que peu importe l'identité de la sage-femme qui a effectivement causé le préjudice, l'établissement en répond s'il est évident que la faute se situe *intra muros*²²⁰.

Par ailleurs, en rattachant une faute causale aux agissements ou omissions de la sage-femme employée, les victimes peuvent également rechercher la responsabilité extracontractuelle de cette intervenante. Ainsi, la sage-femme principale qui ne s'assure pas de la compétence de sa remplaçante à poursuivre le traitement s'expose à une poursuite en responsabilité pour une

217. Elle devra notamment savoir interpréter un test de réactivité fœtale.

218. Voir la sous-section 1.1.2 c) ci-dessus.

219. Voir la sous-section 1.2.3 b), «Victimes par ricochet», ci-dessus.

220. F. Tôth, *supra* note 45 à la p. 325.

faute personnelle²²¹. Il en va de même de la sage-femme jumelle qui omettrait de prendre connaissance du dossier de la mère²²². Néanmoins, la sage-femme principale ne saurait répondre des actions ou omissions fautives de la jumelle et ce, pour deux raisons : d'une part, elle n'a pas confié l'exécution d'un contrat à une autre, les rapports entre la sage-femme employée par le CLSC et la patiente étant extracontractuels et d'autre part, on ne peut prétendre dans le régime extracontractuel à l'existence d'un lien de préposition entre deux préposées.

L'équation auteur identifié d'une faute, dommage et lien de causalité engage la responsabilité *in solidum* des sages-femmes et de l'établissement puisque le fondement de la poursuite à l'encontre de chacun se situe dans des régimes juridiques différents. Les proches de la parturiente et du nouveau-né, notamment les père, frères et soeurs, disposent d'un recours extracontractuel contre tous et, remplissant les conditions de l'article 1526 du *Code civil du Québec*, c'est la solidarité parfaite qui s'applique dans leur cas. Nous voyons donc que le CLSC répond des fautes de ses sages-femmes à l'égard de toutes les victimes.

221. Art. 1457 *C.c.Q.*; P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *supra* note 33 à la p. 243; J.-P. Ménard et D. Martin, *supra* note 54 à la p. 26.

222. Voir *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, *supra* note 81; *Sunne c. Shaw*, [1981] C.S. 609 à la p. 624 : dans cette dernière affaire, un chirurgien dentiste et un chirurgien plasticien ont élaboré un plan de traitement pour corriger l'asymétrie faciale de la patiente. La Cour, concluant à la responsabilité *in solidum* des deux médecins, a affirmé : «On ne peut dire qu'il appartenait à l'un plus qu'à l'autre des défendeurs de bien éclairer leur patiente à partir du moment où les deux participants au choix du traitement dont le résultat visé est un tout indivisible, et ce même si la responsabilité du traitement peut se partager entre les deux spécialistes défendeurs.» (Nous soulignons); voir aussi *Currie c. Blundell*, [1992] R.J.Q. 764 (C.S.); F.Tôth, *supra* note 49 à la p. 42.

2.1.2 La participation de l'aide natale

Les mêmes principes régissent essentiellement la responsabilité qui découle des actes posés par les aides natales. Celles-ci ont un statut de préposées aux bénéficiaires avec une formation d'appoint en allaitement, soins postnataux et réanimation cardiaque pour la mère et le nouveau-né. Bien que leurs tâches principales consistent à aider les sages-femmes pendant et immédiatement après les accouchements, dans certaines maisons de naissance, elles vont même jusqu'à juger du niveau d'urgence, sur la base d'une formation de trente heures dispensée par les sages-femmes²²³. Advenant une situation anormale, l'aide natale appelle la sage-femme, le médecin ou attend avant d'intervenir. Ceci nous paraît très étonnant puisque la loi ne confère pas une telle compétence aux aides natales. Qu'arrive-t-il alors si cette assistante évalue mal l'état d'urgence et omet en conséquence de contacter la sage-femme ou le médecin? Nous soumettons que le CLSC a illégalement délégué l'exécution du contrat de soins à l'aide natale puisque selon la loi, le devoir de juger de l'urgence et d'appeler un médecin revient à la sage-femme²²⁴. Par conséquent, la responsabilité personnelle de l'établissement intervient sur la base du régime contractuel dans la mesure où l'on établit le lien de causalité entre la faute et le préjudice. Quant à l'aide natale qui agit sans en avoir la compétence, les victimes pourront rechercher sa responsabilité sur la base du régime extracontractuel²²⁵. Mentionnons également que l'assistante qui accomplit un acte qui relève de la pratique obstétricale verra ses agissements comparés à ceux du bon médecin²²⁶, dans les mêmes circonstances de temps et de lieu :

Malheureusement, les choses ne sont pas aussi simples qu'on pourrait l'imaginer dès lors qu'un auxiliaire médical accomplit un acte médical. Une appréciation in abstracto impose de comparer l'attitude de l'auxiliaire médical avec ce qu'aurait fait dans les mêmes

223. C'est le cas à la maison de naissance Mimosa, à Saint-Romuald.

224. *Loi sur les projets-pilotes*, supra note 4, art. 8, 23; *Règlement sur les risques*, supra note 40.

225. Art. 1457 *C.c.Q.*

226. Voir la sous-section 1.1.3, «Intensité de l'obligation et norme de conduite», de la présente partie ci-dessus.

circonstances un bon professionnel médecin et non pas un auxiliaire prudent et diligent²²⁷.

De plus, le CLSC répond contractuellement face aux victimes immédiates des fautes de la sage-femme qu'il emploie et de ses aides natales alors qu'il est tenu sur la base du régime extracontractuel face aux victimes par ricochet, avec l'exigence supplémentaire de la preuve du lien de préposition.

2.1.3 L'utilisation du matériel d'obstétrique et de maternité

L'équipement et le matériel mis à la disposition des sages-femmes par le CLSC doivent être de bonne qualité et exempts de tout vice. Il s'agit d'une obligation de résultat directement assumée par l'établissement de santé face aux patientes²²⁸, dont le manquement est sanctionné sévèrement par les tribunaux²²⁹. Il ne s'agit plus ici de responsabilité pour autrui mais bien de la responsabilité personnelle du CLSC qui a l'obligation de garantir la sécurité et la qualité de ses produits, instruments et appareils²³⁰, dont ceux utilisés en maison de naissance.

Alors que dans les situations précédemment décrites, la grossesse se déroulait dans les paramètres de la normalité, le recours à un médecin devient mandatoire en présence d'une grossesse à risque.

227. A. Bernardot et R.P. Kouri, *supra* note 49 à la p. 266.

228. *Ibid.* à la p. 287; J.-L. Baudouin et P. Deslauriers, *supra* note 32 aux pp. 889-890, n^{os} 1483-1484.

229. *Crawford c. Centre hospitalier universitaire de Sherbrooke*, J.E. 80-967 (C.S.); le 25 mai 1982, la Cour d'appel de Montréal a rejeté l'appel du Centre hospitalier universitaire de Sherbrooke (500-09-001384-809) de même que l'appel de la compagnie Travenol (500-09-001330-802), ces deux défendeurs ayant été condamnés en première instance. La Cour d'appel a néanmoins fait droit à l'appel du jugement accueillant l'action en garantie du C.H.U.S. contre Travenol (500-09-001316-809); voir aussi M. Boulanger, «La victime de soins médicaux et hospitaliers déficients : perspectives en matière de recours et de compensation des dommages» dans *Développements récents en droit civil (1994)*, Service de la Formation permanente du Barreau du Québec, 1994, 97 à la p. 121.

230. *Weiss c. Solomon*, [1989] R.J.Q. 731, 744 (C.S.) : «(...) l'établissement est responsable d'un défaut dans ses ressources matérielles, dont l'absence d'électrocardiogramme et de défibrillateur sur le chariot de réanimation».

2.2 AVEC L'INTERVENTION D'UN MÉDECIN

Le *Règlement sur les risques obstétricaux et néonataux*²³¹ prescrit les multiples situations qui commandent le recours à un médecin : grossesses gémellaires, diabète gestationnel, accouchement de sièges, rupture prolongée des membranes, signes ou symptômes de prééclampsie ou d'éclampsie²³², disproportion fœto-maternelle, etc. Mondialement, environ 40% de toutes les femmes enceintes souffriraient de complications dont 15% pourraient mettre en danger la vie de la mère ou de l'enfant²³³. Il s'agit donc de situations qui surviennent fréquemment, nécessitant que les sages-femmes se tiennent constamment à l'affût des différents risques associés à la grossesse. Par conséquent, l'obligation de soigner, qui comporte notamment l'évaluation clinique et le contrôle du diagnostic, occupe une place primordiale²³⁴. En effet, rappelons que la sage-femme qui ne décèle pas une condition à risque en raison de son omission de procéder à une évaluation clinique consciencieuse selon les règles de l'art, commet une faute qui engage sa responsabilité ainsi que celle du CLSC si le défaut d'avoir eu recours à un médecin cause un préjudice à la mère ou à l'enfant²³⁵. Dans le même ordre d'idées, le CLSC répond de la sage-femme qui néglige d'effectuer des analyses supplémentaires suite aux plaintes d'une patiente et qu'un préjudice survient parce que la condition à risque n'a pas été détectée et qu'en conséquence aucun médecin n'est intervenu.

Dans les projets-pilotes, seuls les transferts ou les suivis conjoints avec le consentement du médecin sont possibles dans le cas d'un risque obstétrical

231. *Supra* note 40.

232. Garnier et Delamare, *supra* note 7 s.v. «prééclampsie» : «Variété de néphropathie (affections) de la grossesse avec hypertension artérielle (...); s.v. «éclampsie» : «(...) état caractérisé par une série d'accès consistant en convulsions toniques, puis cloniques avec suspension de la conscience et offrant la plus grande analogie avec l'épilepsie.»

233. Journée mondiale de la santé, *Maternité sans risque : chaque grossesse comporte un risque*, 7 avril 1998.

234. Voir la sous-section 1.1.2, «Obligation de soigner», de la partie I ci-dessus.

235. *Gravel c. Hôtel-Dieu D'Amos*, *supra* note 51.

ou néonatal²³⁶. Par contre, tel que nous l'avons préalablement établi, rien n'interdit aux sages-femmes qui travaillent dans les différentes maisons de naissance de consulter un médecin en dehors des situations prévues par le *Règlement sur les risques obstétricaux ou néonataux*²³⁷. Partant, nous analyserons chacune de ces situations par ordre d'intensité.

2.2.1 La consultation

Les consultations et demandes d'avis médicaux peuvent survenir à tout moment de la période périnatale et s'intéressent aux facteurs qui influencent la grossesse. Alors qu'en prénatal, elles consistent davantage en la vérification de l'éligibilité de la cliente eu égard aux risques obstétricaux, le périnatal se caractérise plutôt par des consultations sur des problèmes ponctuels. Quant au postnatal, l'objet de l'avis médical peut comporter des questions d'ordre sanitaire ou tout autre point jugé d'importance²³⁸. Dans les projets-pilotes, 30% des femmes suivies par une sage-femme ont eu une consultation auprès d'un médecin à l'une ou l'autre des phases de la période périnatale²³⁹.

La consultation peut être initiée pour plusieurs raisons : soit que les règles de soins de la maison de naissance l'exigent, soit que la sage-femme ne possède pas les connaissances suffisantes pour un cas d'espèce²⁴⁰, ou encore

236. *Loi sur les projets-pilotes, supra* note 4, art. 2, 8, 23; *Règlement sur les risques, supra* note 40; l'évaluation démontre que les sages-femmes ont néanmoins suivi une clientèle à risque et qu'environ 10% des patientes auraient dû être transférées aux médecins. Il semble toutefois que pour contourner cette difficulté, certaines sages-femmes «inscrivent bien ce qu'elles veulent dans le dossier obstétrical» : J.-F. Lépine, *supra* note 17.

237. *Supra* note 40.

238. Équipe d'évaluation des projets-pilotes sages-femmes, *supra* note 2 à la p. 228.

239. Conseil d'évaluation des projets-pilotes, *supra* note 17 à la p. 45.

240. Le *Code de déontologie international des sages-femmes* prévoit l'obligation de consulter ou de transférer lorsque les besoins de la femme dépassent les compétences de la sage-femme : voir Annexe 5, art I (E); *Code de déontologie des médecins, supra* note 55 : l'article 2.03.16 prévoit qu'un médecin doit orienter son patient ailleurs, lorsque ses capacités et connaissances le limitent dans le traitement. La décision *Gleason (Guardian ad litem of) c. Bulkley Valley District Hospital*, [1996] B.C.J n° 1744, (B.C.S.C.), en ligne : (BCJR), illustre le cas d'une infirmière en obstétrique qui aurait dû demander l'avis d'un médecin parce que ses connaissances étaient insuffisantes. En fait, lors de l'examen vaginal d'une patiente, l'infirmière a détecté que le fœtus était plus spongieux que normalement, mais n'a jamais soupçonné qu'il pourrait y avoir un problème. Bien que dans cette affaire, le lien de

parce que la patiente en fait expressément la demande²⁴¹. Pour chacune de ces éventualités, la sage-femme commet une faute si elle omet ou néglige de consulter un médecin ou encore de transférer la patiente alors que sa condition médicale le requiert. Par analogie, la jurisprudence disciplinaire fait état de la réprimande imposée à un omnipraticien qui a négligé de consulter un obstétricien-gynécologue alors que les règles de soins intra-hospitalières exigeaient précisément une consultation pour ce type de cas²⁴². Nous sommes ici à la frontière de la consultation et le médecin consultant n'est pas encore en cause. À ce stade, seule la responsabilité de la sage-femme et du CLSC intervient²⁴³, l'employée agissant fautivement dans l'exécution du contrat entre la parturiente et l'établissement. C'est la sollicitation de l'expertise professionnelle du médecin qui marque le point de départ de la mise en oeuvre de la responsabilité civile de ce dernier.

Prenons l'exemple où un obstétricien-gynécologue est consulté en prénatal par la sage-femme, pour obtenir des informations ou des conseils sur le déroulement de la grossesse de la patiente. Le spécialiste formule ses avis ou recommandations²⁴⁴ après évaluation du dossier obstétrical ou suite à une rencontre avec la patiente²⁴⁵. Précisons que dans tous les cas, le consentement de la patiente se place au centre des décisions de consultations et des démarches à suivre comme conséquences des avis médicaux formulés²⁴⁶. Suite aux recommandations du médecin, trois avenues s'offrent à la sage-femme. Dans un premier temps, elle peut se conformer aux conseils du médecin, sous réserve qu'elle doit posséder l'expertise nécessaire pour le faire. Autrement, il demeure

causalité n'ait pas été prouvé, la Cour a conclu à la négligence de l'infirmière en ces termes : «(...) the second nurse's failure to report her findings of sponginess in the foetus to the physician on duty was negligent considering that she did not possess the experience or knowledge to exercise her own judgment in the situation.» (Nous soulignons).

241. J.-P. Ménard et D. Martin, *supra* note 54 aux pp. 39-41.

242. *Comité-médecins-4*, [1982] D.D.C.P. 57.

243. Responsabilité contractuelle face aux victimes immédiates du CLSC : voir la sous-section 1.2.1, «Qualification de la relation juridique parturiente / CLSC», de la partie ci-dessus.

244. *Code de déontologie des médecins*, *supra* note 55, art. 2.04.03.

245. *Ibid.*, art. 2.04.02 : par analogie, la sage-femme doit transmettre tous les renseignements que le médecin juge utiles.

246. Art. 10-11 C.c.Q.; J.-P. Ménard et D. Martin, *supra* note 54 aux pp. 41-42.

préférable d'assumer un suivi conjoint ou de transférer la patiente au spécialiste²⁴⁷. Elle peut également, après discussion avec la patiente, demander une seconde consultation. Enfin, elle écartera l'avis médical²⁴⁸ s'il est manifestement erroné. La sage-femme n'a en effet aucune obligation légale de suivre la recommandation du médecin²⁴⁹ puisqu'elle demeure la professionnelle responsable des décisions cliniques à l'égard de la patiente tout au long du processus de consultation. Toutefois, dans une poursuite en responsabilité civile, le tribunal sanctionnera le comportement de la sage-femme qui a écarté sans raison les conseils du spécialiste ou qui a procédé nonobstant son manque de connaissances ou de compétences²⁵⁰. L'Équipe d'évaluation des projets-pilotes fait précisément état d'un cas de mortinaissance où la sage-femme n'a pas suivi les recommandations du médecin²⁵¹. L'obstétricien-gynécologue avait été consulté par la sage-femme relativement à un cas de diabète gestationnel. Le médecin a retourné la mère à la sage-femme en suggérant une consultation en endocrinologie, recommandation écartée par cette dernière. Il appert que le contrôle des glycémies était sous-optimal, l'autopsie ayant révélé une asphyxie et une inhalation méconiale. La difficulté d'une poursuite sur la base de tels faits réside dans la preuve du lien de causalité, qui consiste à démontrer que selon la balance des probabilités, le dommage ne serait pas survenu si l'avis médical avait été suivi. De plus, la sage-femme peut toujours s'exonérer en prouvant que, bien informée, la patiente aurait refusé les recommandations du spécialiste²⁵². Cet exemple soulève également des interrogations quant à la responsabilité du médecin. En fait, comme il s'agit d'une situation de risque obstétrical (diabète gestationnel) à l'intérieur des projets-pilotes, seul le transfert ou le suivi conjoint étaient possibles. Or, selon les informations colligées par le Conseil d'évaluation, le médecin n'a recommandé qu'une consultation. En l'occurrence, nous soumettons que le médecin et la sage-femme avaient l'obligation

247. J.-P. Ménard et D. Martin, *supra* note 54 à la p. 45; voir aussi la sous-section 2.2.2, «Le suivi conjoint» et «Le transfert», de la présente section ci-dessous.

248. J.-P. Ménard et D. MARTIN, *supra* note 54 aux pp. 43-44.

249. *Ibid.* aux pp. 40, 43.

250. *McCormick c. Marcotte*, [1972] R.C.S. 18; P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *supra* note 33 à la p. 225.

251. Équipe d'évaluation des projets-pilotes sages-femmes, *supra* note 2 à la p. 166.

252. *Arndt c. Smith*, [1997] 2 R.C.S. 539.

d'informer la patiente qu'elle ne pouvait plus être suivie par cette dernière²⁵³. L'omission de remplir ce devoir d'information constitue une faute dont le lien avec le dommage engage la responsabilité personnelle de chacun d'eux. Quant au CLSC, il assume également ce devoir d'information²⁵⁴ et demeure responsable de la faute de la sage-femme qui a agi en dérogation des dispositions légales²⁵⁵.

Un second aspect propre aux consultations médicales réside dans l'identification de la responsabilité lorsqu'un dommage survient comme suite de l'exécution par la sage-femme d'une recommandation erronée de l'obstétricien. Bien que chaque cas repose sur l'analyse concrète des faits, nous soutenons que chacun de ces professionnels répond de ses fautes personnelles²⁵⁶. On ne saurait en effet prétendre que la sage-femme soit responsable des fautes de l'obstétricien appelé en consultation puisque cela reviendrait à introduire une responsabilité pour autrui entre eux alors que d'une part la sage-femme employée est préposée du CLSC et que d'autre part, elle se conforme aux opinions médicales émises par un professionnel plus spécialisé²⁵⁷. De même, le médecin n'est pas responsable des fautes de la sage-femme qui a fait appel à ses connaissances et compétences. Ainsi, les victimes pourront rechercher la responsabilité du médecin pour avoir notamment fourni une opinion hâtive ou non conforme aux données acquises de la science et celle de la sage-femme pour avoir écarté sans raison valable le conseil d'un spécialiste. Précisons cependant que si la consultation a lieu avec un médecin généraliste et que celui-ci émet une recommandation erronée, la sage-femme devra s'en rendre compte puisqu'elle possède le même niveau de compétence²⁵⁸.

-
253. *Code de déontologie des médecins*, *supra* note 55, art. 2.03.34 (b)(d); P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *supra* note 33 à la p. 113 : «Le médecin sera tenu responsable s'il assume incorrectement que l'information a été transmise par quelqu'un d'autre (...)».
254. P.-A. Crépeau, *supra* note 48 à la p. 706.
255. *Loi sur les projets-pilotes*, *supra* note 4, art. 8; *Règlement sur les risques*, *supra* note 40.
256. P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *supra* note 33 aux pp. 223-224.
257. J.-P. Ménard et D. Martin, *supra* note 54 à la p. 48.
258. Voir le paragraphe introductif de la sous-section 1.1.2 ainsi que la sous-section 1.1.3 de la présente section ci-dessus.

En ce qui concerne la responsabilité du CLSC, certaines distinctions s'imposent. D'une part, nous avons démontré qu'en présence d'une relation contractuelle parturiente / CLSC, celui-ci répond des fautes commises par les professionnels qu'il se substitue dans l'exécution de ses obligations contractuelles : *qui agit per alium agit per se*²⁵⁹. Ceci signifie que l'établissement engage sa responsabilité contractuelle face aux victimes immédiates²⁶⁰ pour la faute de la sage-femme qu'il emploie. D'autre part, la responsabilité du CLSC pour la faute du médecin consultant n'intervient que dans la mesure où l'on réussit à démontrer l'inclusion de ces soins médicaux dans le contrat intervenu entre la patiente et le CLSC²⁶¹. Or, si la future mère consulte le médecin en cabinet privé, une convention médicale distincte du contrat avec l'établissement prend naissance et le CLSC ne saurait répondre des fautes commises dans la sphère du contrat médical²⁶². Quant aux victimes par ricochet, leur recours à l'encontre du CLSC pour la faute d'autrui est extracontractuel²⁶³, nécessitant la preuve du lien de préposition de la sage-femme. Les proches de la parturiente et du bébé devront poursuivre le médecin également sur la base du régime extracontractuel²⁶⁴.

L'intervention du médecin se manifeste à un autre degré, lorsqu'il accepte de prodiguer des soins conjointement avec la sage-femme.

2.2.2 Le suivi conjoint

Il s'agit d'une prise en charge partielle par le médecin, à mi-chemin entre la consultation et le transfert (prise en charge totale), qui se manifeste généralement par une alternance des visites au médecin et à la sage-femme. Les

259. A. Bernardot et R.P. Kouri, *supra* note 49 à la p. 260; P.-A. Crépeau, *supra* note 48; F. Tôth., *supra* note 45 aux pp. 324-325. Voir également la sous-section 1.2.1 de la présente section c-dessus.

260. Art. 1458 C.c.Q.

261. F. Tôth, *supra* note 49 aux pp 45-46.

262. *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance c. Laurent*, (1978) 1 R.C.S. 605; *Hôpital général de la région de l'amiante c. Perron*, *supra* note 51; A. Bernardot et R.P. Kouri, *supra* note 49 aux pp. 261-262; P.-A. Crépeau, *supra* note 48 aux pp. 721-726 (qualifie cette situation de relation contractuelle multiple); F. Tôth, *supra* note 45 aux pp. 325-326.

263. Art. 1457, 1463 C.c.Q.

264. Art. 1457 C.c.Q.

suivis conjoints surviennent généralement lorsque des risques prévus par le règlement²⁶⁵ apparaissent en cours de grossesse (prééclampsie, diabète gestationnel, etc.), c'est-à-dire à n'importe quel moment des périodes pré, per ou postnatale et sur acceptation du médecin²⁶⁶. Ce type de suivi demeure par ailleurs possible lorsque la future mère exige d'en bénéficier. Notons que dans les projets-pilotes, l'équipe d'évaluation a recensé 254 transferts périnataux pour l'ensemble des maisons de naissance, dont 208 suivis conjoints²⁶⁷.

Prenons l'exemple d'une grossesse au cours de laquelle survient une infection urinaire, problème en apparence mineur. La sage-femme, professionnelle prudente et diligente, doit demander au médecin de rencontrer la parturiente et de lui prodiguer les soins nécessaires au traitement de l'infection puisque le cas constitue un risque obstétrical au sens du règlement²⁶⁸. La sage-femme conservant la portion restante du suivi, il y a alternance des soins sages-femmes et médicaux.

Pour les mêmes raisons que celles exposées dans la section consacrée à la consultation²⁶⁹, médecin et sage-femme assument chacun l'entière responsabilité des actes qu'ils posent dans le traitement de la patiente. Leur interaction ne donne pas ouverture à l'application des règles de la responsabilité pour la faute d'autrui entre eux, chacun agissant dans une sphère bien délimitée du suivi périnatal. Quant au CLSC, sa responsabilité contractuelle se trouve engagée face aux victimes immédiates pour les fautes de ses sages-femmes et aides natales. Toutefois, il ne répond pas des fautes du médecin qui a partiellement pris en charge la patiente puisqu'une convention médicale distincte du contrat avec l'établissement est ici intervenue. Le contrat médical est né de la volonté de la patiente de recevoir des soins d'un médecin en particulier pour une portion bien déterminée du suivi de grossesse²⁷⁰.

265. *Règlement sur les risques*, *supra* note 40.

266. *Loi sur les projets-pilotes*, *supra* note 4, art. 8, al. 2.

267. Équipe d'évaluation des projets-pilotes sages-femmes, *supra* note 2 à la p. 239.

268. *Règlement sur les risques*, *supra* note 40, art. 3 (A) (3).

269. Voir l'introduction de la sous-section 2.2.1 de la présente section ci-dessus.

270. P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *supra* note 33 aux pp. 224-226.

Dans les projets-pilotes, l'équipe d'évaluation a répertorié un cas de mortinaissance à l'occasion d'un suivi conjoint²⁷¹. Issu d'une grossesse gémellaire diagnostiquée après vingt semaines, le premier bébé est né à l'hôpital par voie basse. L'accouchement s'est déroulé sous les soins d'un médecin, accompagné par une sage-femme. Le médecin a rompu les membranes amniotiques du second bébé et une procidence du cordon est survenue, causant des dommages cérébraux à l'enfant et son décès, à cinq jours de vie. Qu'arrive-t-il si, dans notre exemple, la sage-femme commet une faute causale alors qu'elle dispense des soins prescrits par le médecin et qui sortent de ses tâches habituelles? Comme un contrat médical naît de la volonté de la patiente de recevoir des soins du médecin pour la portion de la grossesse qui s'intéresse au risque associé à la grossesse gémellaire, le médecin répond contractuellement face à la patiente des fautes de la sage-femme²⁷². Par analogie, cette situation s'apparente au cas du médecin traitant qui délègue une partie de l'exécution de son contrat médical à un résident ou à un interne. En effet, dans la mesure où les agissements de ces derniers s'inscrivent dans la sphère du contrat médical, le médecin traitant demeure responsable de leurs gestes fautifs à l'égard du patient²⁷³. De la même façon, les actes posés par la sage-femme doivent nécessairement s'insérer dans la sphère du contrat médical pour en tenir le médecin responsable, car celui-ci ne saurait être tenu d'obligations qu'il n'a pas assumées.

Enfin, le troisième niveau d'intervention du médecin se concrétise par une prise en charge totale, lorsque survient un risque obstétrical ou néonatal. De plus, la gravité ou l'urgence d'un cas, la demande de la patiente en ce sens ou le manque de compétences de la sage-femme sont autant d'éléments qui exigent le transfert au médecin.

271. Équipe d'évaluation des projets-pilotes sages-femmes, *supra* note 2 à la p.169.

272. Art. 1458 *C.c.Q.*

273. *Currie c. Blundell*, *supra* note 222; *Murray-Vaillancourt c. Clairoux*, [1989] R.R.A. 762 (C.S.); *Labrecque c. Hôpital du St-Sacrement*, [1997] R.J.Q. 69 (C.A.); J.-L. Baudouin et P. Deslauriers, *supra* note 32 à la p. 882, n° 1467; J.-P. Ménard et D. Martin, *supra* note 54 aux pp. 66-69.

2.2.3 Le transfert

Tout comme la consultation et le suivi conjoint, le transfert peut survenir en période prénatale, perinatale ou plus rarement, postnatale²⁷⁴. Pour illustrer les obligations qui incombent aux différents intervenants impliqués dans le transfert de la mère ou du nouveau-né, nous utiliserons l'exemple très concret d'un décès néonatal survenu suite à un accouchement pratiqué à la maison de naissance de l'Outaouais²⁷⁵. En l'espèce, la grossesse s'était en apparence bien déroulée avec une échographie sans particularité, effectuée à vingt et une semaines d'âge fœtal. Après une rupture spontanée des membranes, la mère s'est rendue à la maison de naissance. La prise du cœur fœtal, effectuée tout au long du travail (les sages-femmes ont utilisé le fœthoscope et le Doppler sans se servir du monitoring fœtal), révélait une valeur numérique dans les paramètres de la normalité. Le bébé est né en présentation céphalique, mais sans tonus, sans respiration et avec une coloration anormale. Le transfert du bébé au centre hospitalier et sa prise en charge totale par un médecin étaient devenus impératifs²⁷⁶.

En attendant que des soins spécialisés soient administrés, la sage-femme doit veiller à la continuité des soins et ne doit pas abandonner la mère ou le nouveau-né²⁷⁷. Ceci se traduit par l'obligation faite à la sage-femme de tenter de stabiliser la condition et d'apporter des soins prudents et diligents²⁷⁸ dans

274. Conseil d'évaluation des projets-pilotes, *supra* note 17 à la p. 45 : 25.2% de l'ensemble des suivis ont fait l'objet de transferts maternels pendant la période d'évaluation des projets-pilotes, ce qui représente 242 cas sur 961, répartis de la façon suivante : 103 en prénatal, 136 en pernatal et 3 en postnatal. Quant aux transferts néonataux, le Conseil d'évaluation en a répertorié 23, dont presque la moitié étaient urgents.

275. L. Nolet, *supra* note 131.

276. *Loi sur les projets-pilotes*, *supra* note 4, art. 5, al. 1(4) et 8; *Règlement sur les risques*, *supra* note 40; Équipe d'évaluation des projets-pilotes sages-femmes, *supra* note 2 aux pp. 58-60 : les maisons de naissance ont fonctionné avec des protocoles d'entente minimaux avec les centres hospitaliers.

277. Ceci découle de l'obligation de suivre (voir la sous-section 1.1.2 c) de la partie I ci-dessus); par analogie, *Code de déontologie des médecins*, *supra* note 55, art. 2.03.10.

278. Québec, Commission des institutions, (15 juin 1999) 20h00 : «Les maisons de naissance sont soumises aux mêmes règles que les hôpitaux de niveau 1, à savoir [...] qu'elles doivent pouvoir assumer un ensemble minimal de fonctions [...] comme les traitements de soutien

l'intervalle de temps qui précède l'intervention de l'obstétricien, du néonatalogiste, de l'urgentologue²⁷⁹ au centre hospitalier où sont transférés l'enfant et sa mère. Mentionnons que les maisons de naissance doivent être situées à une distance du centre hospitalier évaluée en temps et qui correspond à une période de trente minutes entre la prise de décision de transférer jusqu'à l'arrivée de la femme ou du nouveau-né à l'hôpital²⁸⁰. Puisque la loi 4 confère à la sage-femme la compétence pour prodiguer des soins en situation d'urgence²⁸¹, elle demeure la professionnelle responsable tant que le médecin n'a pas effectué une prise en charge totale²⁸². Or, le Coroner Louise Nolet dénonce l'attente beaucoup trop longue des sages-femmes de la maison de naissance de l'Outaouais qui ont débuté la ventilation et l'oxygène d'un bébé qui ne respirait pas, plus de deux à trois minutes après la naissance²⁸³. De même, elle s'inquiète des raisons qui ont poussé les sages-femmes à ne pas intuber l'enfant alors que précisément, il y avait indication de procéder en ce sens et rapidement. Nous pensons que ces actions et omissions, qui s'inscrivent dans le champ de pratique des sages-femmes²⁸⁴, constituent des fautes susceptibles d'engager leur responsabilité extracontractuelle, le comportement décrit ayant certainement dévié de la bonne pratique obstétricale reconnue. Les sages-femmes ne sauraient s'exonérer en démontrant qu'elles ont fait appel à un spécialiste quelconque car «l'obligation de bien soigner (ou plus exactement de suivre) ne se termine pas avec la décision de transférer le patient»²⁸⁵.

De même, les sages-femmes qui transfèrent la mère ou le nouveau-né, doivent transmettre au médecin tous les renseignements qu'elles possèdent et

et de transfert, la réanimation des nouveaux-nés incluant l'intubation, la stabilisation avant le transfert (...).»

279. *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, *supra* notes 81, 106.

280. Conseil d'évaluation des projets-pilotes, *Les mécanismes visant à assurer la sécurité de la mère et de l'enfant*, Québec, 1993 à la p. 2.

281. *Loi sur les projets-pilotes*, *supra* note 4, art. 8, al. 1.

282. Par analogie, *Code de déontologie des médecins*, *supra* note 55, art. 2.03.12.

283. Bureau du coroner, *supra* note 131 à la p. 9 : « Une attente d'au moins 2 à 3 minutes avant de commencer la ventilation et l'oxygène chez un bébé qui ne respire pas est beaucoup trop longue. ».

284. *Loi sur les projets-pilotes*, *supra* note 4, art. 8, al. 1 et 23, al. 1(1); *Règlement sur les critères généraux de compétence et de formation des sages-femmes dans le cadre de projets-pilotes*, *supra* note 10, art. 1 (9) et Annexe 1 (Champs de formation).

285. F. Tôth, *supra* note 49 à la p. 41.

par conséquent, le dossier obstétrical bien documenté²⁸⁶. Or, le rapport du Coroner Nolet laisse songeur également sur cette question. Bien que le dossier de la maison de naissance contenait beaucoup d'informations touchant l'aspect psychosocial, il appert que plusieurs renseignements médicaux n'y figuraient pas : aucune remarque particulière sur une diminution de la hauteur utérine de trois centimètres en deux jours, absence totale des rapports de laboratoire, heures de dilatation complète et du début des poussées non inscrites, absence d'indication de la fréquence cardiaque du bébé, du moment de début des insufflations et des réactions conséquentes de l'enfant, aucun commentaire sur l'efficacité des soins apportés. Ajoutons que les communications directes de la sage-femme au médecin doivent être précises et contenir toutes les informations pouvant aider dans la poursuite des soins apportés par le spécialiste²⁸⁷. Il est utile de préciser qu'à l'instar des médecins, les sages-femmes ne sauraient s'exonérer sous prétexte qu'elles ont omis de consigner toutes les données relatives au traitement de la parturiente et du nouveau-né. La jurisprudence²⁸⁸ a d'ailleurs établi que le professionnel a l'obligation de rendre compte au patient de ses fautes dans la prise ou la consignation des données et qu'un tel défaut laisse présumer de la causalité entre la faute et le dommage :

La question est donc la suivante : lorsque le patient ne peut faire la preuve de la cause d'un dommage et, cela, par l'omission du médecin de lui faire un rapport complet de l'intervention, y a-t-il une présomption contre le médecin? Il me semble que oui²⁸⁹.

Parallèlement, le médecin qui reçoit la mère ou le nouveau-né, dans une situation d'urgence ou non, doit s'enquérir des informations nécessaires à la

286. Par analogie, *Code de déontologie des médecins*, *supra* note 55, art. 2.04.09.

287. *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, *supra* notes 81, 106; P.Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *supra* note 33 aux pp. 250-251.

288. Voir : *Houde c. Côté*, *supra* note 123; *Gburek c. Cohen*, [1988] R.J.Q. 2424 (C.A.); *Gravel c. Hôtel-Dieu D'Amos*, *supra* note 51; *Massinon c. Ghys*, [1996] R.J.Q. 2258 (C.S.); *Stéfanik c. Hôtel-Dieu de Lévis*, *supra* note 81 à la p. 1354

289. *Houde c. Côté*, *supra* note 123 à la p. 729, juge Beauregard.

poursuite des soins et traitements. Il doit contacter la sage-femme, si les renseignements obtenus paraissent insuffisants²⁹⁰.

Dans le cas de la Maison de naissance de l'Outaouais, le bébé a d'abord été transféré au centre hospitalier de Gatineau pour y être stabilisé par l'urgentologue et le pédiatre. Il a ensuite été transporté au centre hospitalier de l'Est de l'Ontario où il est décédé dans les jours suivants. Mentionnons que la recommandation principale du Coroner portait sur le ré-aménagement des lieux pour faciliter l'accès des ambulanciers et les soins d'urgence²⁹¹. Les correctifs n'ont jamais été apportés à la Maison de naissance de Gatineau qui dispose toujours d'un escalier étroit et dont la disposition rend très difficile le transport par incubateur. Dans l'éventualité où un événement semblable se produirait de nouveau, la responsabilité *personnelle* du CLSC pourrait certes être engagée.

Urgence ou non, une lacune dans les soins apportés, dans la transmission du dossier, dans les informations qu'il contient ou dans les communications adressées au médecin peut entraîner la responsabilité extracontractuelle des sages-femmes en démontrant le lien entre les fautes commises et le préjudice subi²⁹². Nous avons démontré qu'un contrat se forme entre la parturiente et le CLSC. Ce dernier est ainsi tenu contractuellement face aux victimes immédiates²⁹³ pour les fautes des sages-femmes qu'il emploie et sur la base du régime extracontractuel face aux victimes par ricochet²⁹⁴. Toutefois, en ce qui concerne la Maison de naissance de l'Outaouais, il est évident que l'hôpital n'est pas responsable des fautes des sages-femmes employées par un autre établissement (en l'espèce le CLSC), alors qu'il n'assume lui-même aucun service sage-femme.

À partir du moment où s'opère le transfert effectif de la patiente vers le médecin pour les soins à venir, la sage-femme est déchargée de ses obligations

290. *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, *supra* note 81 aux 363-364, juge L'Heureux-Dubé : «(...) ces renseignements, que les juges de la majorité de la Cour d'appel ont reproché au D^r Chevrette de ne pas avoir transmis, auraient dû ordinairement être vérifiés de nouveau par le personnel de l'Hôpital Sainte-Justine après l'arrivée de Nancy.»

291. Bureau du coroner, *supra* note 131 aux pp. 29-30.

292. Art. 1457 *C.c.Q.*

293. Art. 1458 *C.c.Q.*

294. Art. 1457, 1463 *C.c.Q.*

à l'égard de la mère²⁹⁵. Lorsque ce transfert est la conséquence d'un accord réciproque de volonté entre la patiente et le médecin, un contrat médical se forme. La poursuite contre le médecin qui a commis une faute causale se situe alors dans le régime contractuel²⁹⁶. Toutefois, lorsque la patiente n'est pas en mesure de donner son accord, la relation est extracontractuelle, engageant le régime extracontractuel de responsabilité²⁹⁷. Enfin, bien qu'il s'agisse d'un transfert d'urgence, si la mère a consenti au transfert dans un hôpital en particulier, la relation avec ce dernier est contractuelle²⁹⁸. Ceci se traduit par l'obligation pour le centre hospitalier de répondre de la faute commise par le médecin qu'il a introduit dans l'exécution de ses obligations contractuelles²⁹⁹. En pratique, comme le CLSC et le centre hospitalier sont couverts par l'assurance-responsabilité de l'Association des Hôpitaux du Québec, les victimes peuvent poursuivre directement cet assureur, ce qui leur permet de contourner la difficulté d'identification des débiteurs fautifs dans le processus de transfert³⁰⁰.

EN CONCLUSION de cette première partie, le CLSC doit indemniser les différentes victimes pour les fautes causales de ses sages-femmes employées, bien que lui-même n'ait pas commis de faute. Le médecin en répond également dans certains cas, soit parce qu'il s'est substitué une sage-femme dans l'exécution de son contrat médical, soit parce qu'il a agi à titre de commettant momentané. Le fait que les sages-femmes des projets-pilotes aient un statut

295. P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *supra* note 33 à la p. 248; J.-P. Ménard et D. Martin, *supra* note 54 à la p. 34.

296. Art. 1458 C.c.Q.

297. Art. 1457 C.c.Q. : par exemple lorsqu'elle est transférée inconsciente à l'obstétricien de garde ou à l'urgentologue.

298. Art. 1444 C.c.Q.; P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *supra* note 33 à la p. 13 : malgré l'incapacité générale de contracter du mineur de moins de quatorze ans, le mécanisme de la stipulation pour autrui fait en sorte que le fondement de l'action contre l'établissement se situe sur le plan contractuel, celui-ci s'étant engagé avec la mère pour que des soins et services sages-femmes soient dispensés au bénéfice de l'enfant.

299. *Houde c. Côté*, *supra* note 123 (C.A.) (opinions des juges Chouinard et Monet); *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, *supra* note 106, juges LeBel, Monet et Mailhot; A. Bernardot et R.P. Kouri, *supra* note 49 aux pp. 256, 326-327; P.-A. Crépeau, *supra* note 48 aux pp. 716-717.

300. Art. 2501 al. 1 C.c.Q. : les victimes peuvent faire valoir leur réclamation directement contre l'A.H.Q.

d'employées se traduit donc par un réel avantage pour les victimes qui ont la possibilité de poursuivre et d'obtenir jugement contre le CLSC ou le médecin, beaucoup plus solvables puisque bénéficiant d'une couverture de responsabilité quasi-illimitée.

Dans la seconde partie, nous démontrerons que le succès du recours des victimes et par conséquent, leur indemnisation, dépendent ultimement du statut juridique des sages-femmes. C'est par un examen approfondi de la responsabilité pour la faute de la sage-femme entrepreneure indépendante à domicile, en CLSC et en centre hospitalier que nous établirons les effets sur les plans conceptuels et pratiques de la reconnaissance de ce statut.

PARTIE II LA RESPONSABILITÉ POUR LA FAUTE DE LA SAGE-FEMME DANS LE CADRE DE LA LOI SUR LES SAGES-FEMMES³⁰¹

La *Loi sur les sages-femmes* a été sanctionnée le 19 juin 1999³⁰², un mois après que madame Linda Goupil, ministre de la Justice et responsable de l'application des lois professionnelles, ait déposé le projet de loi 28 à l'Assemblée nationale pour étude³⁰³. Essentiellement, en plus de permettre la pratique des accouchements à domicile³⁰⁴, cette loi prévoit l'intégration de la sage-femme au sein du système de santé périnatale par la conclusion d'un contrat de services entre un établissement qui exploite un CLSC et la sage-femme³⁰⁵. Par ailleurs, la *Loi* dispose qu'un centre hospitalier *peut* conclure une entente avec un CLSC pour autoriser la sage-femme à assister des accouchements en milieu hospitalier³⁰⁶. Par définition, le contrat de services est «celui par lequel une personne [...] le prestataire de services, s'engage envers une autre personne, le client, à réaliser un ouvrage matériel ou intellectuel ou à fournir un service moyennant un prix que le client s'oblige à payer»³⁰⁷. Précisons d'emblée que son existence est incompatible avec tout lien de subordination³⁰⁸ et équivaut à la reconnaissance d'un statut d'entrepreneure indépendante pour la sage-femme. Nous voyons déjà poindre le problème quant au lien de préposition nécessaire au recours des victimes par ricochet à l'encontre de l'établissement. Cette modification de statut par rapport aux

301. *Supra* note 5.

302. Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats* (17 juin 1999) à la p. 2745 et s.

303. Provincial P.L. 128, *Loi sur les sages-femmes*, 1^{re} sess., 36^e lég., Québec, 1999 (Présentation le 11 mai 1999).

304. *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 5, art. 5, al. 1(2) : les accouchements à domicile sont néanmoins reportés d'une période variant de un à trois ans suivant l'entrée en vigueur de la loi; voir la sous-section 1.2 ci-dessous.

305. *Ibid.*, art. 35 (ajoutant les articles 259.2 à 259.5 à la *L.S.S.S.S.*); notons que les contrats de services doivent être conclus au 31 mars 2000 ou à une date ultérieure fixée par le gouvernement. Jusqu'à l'une ou l'autre de ces échéances, les sages-femmes continuent d'exercer leur profession en vertu de leur contrat de travail : *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 5, art. 67.

306. *Ibid.*, art. 35 (ajoutant les articles 259.10 et 259.11 à la *L.S.S.S.S.*).

307. Art. 2098 *C.c.Q.*

308. Art. 2099 *C.c.Q.*

projets-pilotes, dans lesquels la sage-femme était une employée, comporte également des inconvénients de taille pour la patiente victime, tel que nous le démontrerons tout au long de cette partie de notre essai.

Malgré ce nouveau statut juridique d'entrepreneure, la sage-femme continue de prodiguer des soins et procurer des services aux femmes qui présentent une grossesse normale. Ainsi, le champ de pratique général auquel nous avons fait référence pour les projets-pilotes³⁰⁹ demeure essentiellement le même suite à la légalisation et à l'intégration de la profession dans le système de santé périnatale. Ceci s'explique par le fait que le gouvernement a voulu définir un domaine d'exercice à partir de ce qui était prévu dans la *Loi 4*, enrichi des éléments contenus à la définition internationale des sages-femmes³¹⁰ et de la synthèse inspirée par les membres de la Communauté économique européenne³¹¹. Finalement, avec la *Loi sur les sages-femmes* :

Constitue l'exercice de la profession de sage-femme tout acte ayant pour objet, lorsque tout se déroule normalement, de donner à une femme les soins et les services professionnels requis pendant la grossesse, le travail, l'accouchement et de donner à une femme et à son enfant les soins et services professionnels requis durant les six premières semaines de la période postnatale. Ces soins et services professionnels consistent :

1° à surveiller et à évaluer la grossesse, le travail, l'accouchement et, durant les six premières semaines, la période postnatale par l'application de mesures préventives et par le dépistage de conditions anormales chez la femme ou son enfant;

2° à pratiquer l'accouchement spontané;

3° à pratiquer une amniotomie, une épisiotomie et sa réparation ainsi qu'une réparation d'une lacération ou d'une déchirure du premier ou du deuxième degré du périnée.

309. Voir l'introduction de la sous-section 1.1 de la partie I ci-dessus.

310. Annexe 1.

311. Ministère de la Santé et des Services Sociaux, Office des professions du Québec, *supra* note 5 aux pp. 13, 15; Annexe 2.

Constitue également l'exercice de la profession de sage-femme, en cas d'urgence et dans l'attente d'une intervention médicale requise ou en l'absence de celle-ci, le fait d'appliquer la ventouse, de pratiquer l'accouchement en présentation de siège, de pratiquer l'extraction manuelle du placenta suivie de la révision utérine manuelle ou de procéder à la réanimation de la femme ou du nouveau-né³¹².

Outre cette description du champ d'exercice, les dispositions légales portant sur les risques obstétricaux et néonataux encadrent également la pratique de la sage-femme entrepreneure indépendante, bien que modifiées pour permettre les consultations et non uniquement les transferts³¹³. C'est le Bureau de l'Ordre des sages-femmes qui déterminera par règlement ces dispositions³¹⁴. Alors que la liste d'actes sages-femmes autorisés³¹⁵ et la liste de médicaments³¹⁶ régissaient la pratique dans les projets-pilotes, elles seront remplacées par un règlement de l'Office des professions et adaptées à la pratique sage-femme dans le système de santé périnatale³¹⁷. Nous pensons toutefois que de nouvelles règles devraient être adoptées en continuité avec l'expérience acquise dans les projets-pilotes pour éviter, par exemple, que la sage-femme administre un médicament lorsque survient une complication au lieu de consulter un médecin. Dans cet ordre d'idées, un contrôle médical à intervalle régulier pour toutes les parturientes de sages-femmes serait tout à fait approprié. À notre avis, une trop

312. *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 5, art. 6; notons que la présentation de siège constitue un risque obstétrical au sens du *Règlement sur les risques*, *supra* note 40, art. 1(5°).

313. *Loi sur les sages-femmes*, *ibid.*, art. 5, al. 1(3).

314. *Ibid.*, art. 5, al. 1 (3) et 58 : jusqu'à l'adoption de ce règlement, c'est le *Règlement sur les risques obstétricaux et néonataux*, *supra* note 40 qui continue de s'appliquer.

315. Annexe 3.

316. Annexe 4.

317. *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 5, art. 8, 9 : la liste de médicaments qu'une sage-femme peut prescrire est établie après consultation du Conseil consultatif de pharmacologie, de l'Ordre des sages-femmes du Québec (créé par l'article 1 de la *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 5), du Collège des médecins du Québec et de l'Ordre des pharmaciens du Québec; la liste d'examen et analyses de laboratoire qu'une sage-femme peut prescrire, effectuer ou interpréter est établie après consultation de l'Ordre des sages-femmes du Québec et du Collège des médecins. En vertu de l'article 59 de la *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 5, les sages-femmes continuent de prescrire, d'effectuer et d'interpréter les mêmes examens et analyses que dans le cadre des projets-pilotes jusqu'à l'entrée en vigueur des règlements de l'Office des professions.

grande autonomie de la sage-femme pourrait entraîner un risque accru pour les mères, les nouveau-nés et les familles. Par ailleurs, le Code de déontologie des sages-femmes, que l'Ordre professionnel des sages-femmes doit adopter³¹⁸, renforcera une preuve d'écart de conduite professionnelle dans le cadre d'une poursuite en responsabilité. Il en va de même du Code d'éthique international³¹⁹ qui, bien que ne possédant aucune force légale au Québec, constitue les assises du travail sage-femme.

Pour compléter le cadre légal ci-haut décrit, la légalisation de la pratique des sages-femmes entraîne sa réglementation par le droit professionnel québécois. En effet, la *Loi* prévoit la création d'un ordre professionnel spécifique d'exercice exclusif pour les sages-femmes³²⁰. Cette décision a été prise suite aux consultations menées par l'Office des professions et, après considération des différents avis, communiqués et mémoires concernant les hypothèses d'organisation professionnelle. Entre autres, alors que le Conseil du statut de la femme et l'Association des CLSC et CHSLD du Québec recommandaient la création d'un ordre professionnel d'exercice exclusif³²¹, l'Ordre des infirmières et infirmiers du Québec (O.I.I.Q.) a pour sa part suggéré que les sages-femmes se joignent à leur corporation³²². Quant au Conseil d'évaluation des projets-pilotes, six membres sur dix ont préconisé la structure d'un ordre exclusif³²³. Ceci a été repris dans les recommandations ministérielles

318. *Code des professions*, supra note 74, art. 87; *Loi sur les sages-femmes*, supra note 5, art. 60.

319. Organisation mondiale de la santé, supra note 118 aux pp. 588-590; voir également l'Annexe 5.

320. *Loi sur les sages-femmes*, supra note 5, art. 1, 16-18 (modifiant le *Code des professions*) : la création de l'Ordre professionnel des sages-femmes du Québec accompagne la légalisation de la profession avant même l'établissement des contrats de services.

321. Conseil du statut de la femme, supra note 201 à la p. 7; Association des CLSC et des CHSLD du Québec, Communiqué, «Légalisation de la pratique des sages-femmes», Montréal, 24 février 1998.

322. Ordre des infirmières et infirmiers du Québec, *Proposition d'accueil des sages-femmes au sein de l'Ordre des infirmières et infirmiers du Québec*, 1997; ceci est possible grâce à l'article, 94 (m) du *Code des professions*, supra note 74.

323. Conseil d'évaluation des projets-pilotes, supra note 17 aux pp. 59, 77.

sans exclure toutefois l'hypothèse d'un ordre professionnel mixte avec les médecins ou les infirmières³²⁴.

D'un point de vue pratique, la création de cet ordre professionnel d'exercice exclusif aux sages-femmes implique l'octroi d'un titre réservé, la définition d'un champ descriptif avec des activités ou des actes réservés, l'autogestion et le jugement par les pairs³²⁵. De plus, cela comporte l'obligation de se conformer aux nombreuses dispositions du *Code des professions*³²⁶ qui portent sur la protection du public³²⁷, l'inspection professionnelle³²⁸, les permis et conditions d'admission³²⁹, la discipline, le syndic et la gestion des demandes d'enquête³³⁰, l'assurance-responsabilité professionnelle³³¹ ainsi que le code de déontologie³³². Notons que le code de déontologie adopté par le Regroupement des sages-femmes du Québec reçoit application jusqu'à ce que le Bureau de l'Ordre des sages-femmes adopte par règlement un nouveau code conformément au droit professionnel³³³.

324. Ministère de la Santé et des Services Sociaux, Office des professions du Québec, *supra* note 5 à la p. 27 et s. : sur les sept hypothèses d'organisation professionnelle analysées, quatre ont été *rejetées* : **1**) l'adoption d'un règlement sur les sages-femmes en vertu de la *Loi médicale* (les articles 19 et 20 de la *Loi sur les sages-femmes* prévoit la suppression des articles 19 (a) et 43 (c) de la *Loi médicale*, *supra* note 54); **2**) l'adoption d'un règlement de délégation d'actes médicaux; **3**) la création d'un registre de sages-femmes géré par un ordre professionnel (pour éviter les tensions telles que vécues avec les acupuncteurs); **4**) la création d'une structure professionnelle intérimaire. Au chapitre des hypothèses *retenues*, nous retrouvons : **1**) la création d'un ordre professionnel à exercice exclusif mixte avec les infirmières et les infirmiers; **2**) la constitution d'un ordre professionnel à exercice exclusif mixte avec les médecins; **3**) la création d'un ordre à exercice exclusif spécifique aux sages-femmes.

325. Ceci rejoint les fonctions qu'assument le American College of Nurse-Midwives aux États-Unis et la Midwives Alliance of North America qui regroupent des sages-femmes de tout type : voir : Équipe d'évaluation des projets-pilotes sages-femmes, *supra* note 2 à la p. 12.

326. *Supra* note 74.

327. *Ibid.*, art. 23.

328. *Ibid.*, art. 109 et s.

329. *Ibid.*, art. 40 et s.

330. *Ibid.*, art. 116 et s.

331. *Ibid.*, art. 93(d) : voir également la partie 1.1.4, «Assurance-responsabilité», ci-dessous.

332. *Ibid.*, art. 87.

333. *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 5, art. 60.

Nous avons exposé le cadre de la pratique de la sage-femme entrepreneure prescrit par la *Loi sur les sages-femmes* et démontré les différentes modifications par rapport aux projets-pilotes, principalement en ce qui concerne les risques obstétricaux et néonataux et la réglementation professionnelle. Toutefois, comme la *Loi* prévoit essentiellement deux modalités pour la pratique de la sage-femme entrepreneure, soit la sage-femme de pratique privée sans rattachement au CLSC et la sage-femme rattachée par contrat de services au CLSC, nous aborderons successivement l'étude de chacune de ces catégories, dans une perspective comparative avec la situation légale des projets-pilotes.

1. LA SAGE-FEMME DE PRATIQUE PRIVÉE, NON RATTACHÉE À UN CLSC

La loi autorise les sages-femmes à exercer une pratique privée sans être rattachées à un CLSC³³⁴. Elles peuvent pratiquer seules ou se regrouper en société. Comparable à la situation des médecins qui exercent en cabinet privé, il n'existe alors aucun contrat de services entre la sage-femme et l'établissement. Selon cette hypothèse, l'accouchement de la patiente se déroule à domicile³³⁵.

Avant d'aborder les exemples concrets se rapportant à la pratique d'accouchements à domicile par une sage-femme qui n'a conclu aucun contrat de services avec un CLSC, nous analyserons en détail le cadre juridique qui régit cette professionnelle.

1.1 CADRE JURIDIQUE

Tout comme dans les projets-pilotes, l'équation faute, dommage, lien de causalité constitue la trame de fond d'une poursuite en responsabilité civile dirigée contre la sage-femme entrepreneure. L'analyse critique et la

334. *Ibid.*, art. 10, al. 2 et 35 (au sujet de l'article 259.2 *L.S.S.S.*, interprété *a contrario*).

335. *Ibid.*, art. 5, al. 1(2); le gouvernement attendra quelques années avant de donner son accord (par le biais de l'article 95 du *Code des professions*) à un règlement du Bureau de l'Ordre des sages-femmes qui permettrait les accouchements à domicile : Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, (2 juin 1999) à la p. 2117; K. Gagnon, *supra* note 6; Québec, Commission des institutions, *Journal des débats*, (15 juin 1999) 20h00.

comparaison des règles de droit nous conduisent à adopter essentiellement la même division que dans la première partie. Nous débiterons donc notre analyse par l'étude des rapports juridiques entre la patiente et la sage-femme de pratique purement privée.

1.1.1 Qualification de la relation juridique parturiente / sage-femme

Concrètement, la femme s'adresse à la professionnelle de son choix qui peut librement accepter ou refuser la prise en charge de la grossesse³³⁶. De fait, la sage-femme et la future mère se rencontrent à domicile ou en cabinet privé à la suite d'une entente mutuelle préalable. Ceci rejoint la situation décrite en 1957 dans la célèbre décision *X. c. Mellen*, où la Cour du banc du Roi reconnaissait l'existence d'un contrat entre un patient et son médecin :

En effet, dès que le patient pénètre dans le cabinet de consultation du médecin, prend naissance, entre celui-ci et le malade, par lui-même ou pour lui-même, un contrat de soins professionnels»³³⁷.

Dans les projets-pilotes, nous l'avons vu, le CLSC s'engageait envers les patientes à leur procurer des soins et services via les sages-femmes qu'il employait³³⁸. Ici, la future mère requiert ces soins directement auprès de la professionnelle concernée et le CLSC n'est pas en cause. Nous soutenons que rien ne s'oppose à l'établissement d'un contrat de soins entre la sage-femme qui exerce une pratique privée sans être rattachée à un CLSC et la parturiente³³⁹. D'ailleurs, nous transposons à cette sage-femme les doctrine et jurisprudence subséquentes à l'affaire *Mellen*, qui ont majoritairement entériné l'approche

336. *L.S.S.S.S.*, *supra* note 6, art. 6, al. 2 : néanmoins, le refus de soins ne doit pas être fondé sur des motifs prohibés, comme la discrimination; Voir aussi : P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *supra* note 33 aux pp. 11, 15-17.

337. *Supra* note 86 aux pp. 408-409.

338. Voir la sous-section 1.2.1 de la partie I ci-dessus.

339. Le contrat doit avoir une cause et un objet licites : Art. 1385 *C.c.Q.*

contractuelle³⁴⁰, établissant le régime contractuel comme cadre d'analyse de la responsabilité médicale.

L'accord de volontés entre personnes capables de contracter³⁴¹ donne naissance à des rapports contractuels et entraîne l'application du régime contractuel de responsabilité. La sage-femme de pratique privée non rattachée à un CLSC qui commet une faute causale d'un dommage verra donc sa responsabilité contractuelle engagée sur la base de l'article 1458 C.c.Q.³⁴². Or, comme la faute contractuelle se fonde sur le contrat, la plupart du temps tacite dans le domaine de la santé, il devient essentiel d'analyser le contenu obligationnel du «contrat sage-femme».

1.1.2 Obligations

Quel que soit le fondement du recours ou le statut juridique de la sage-femme, celle-ci demeure assujettie aux mêmes obligations de renseigner, de soigner, de suivre et de préserver le secret professionnel que le médecin. Légalement, ce serait une hérésie de soutenir que les devoirs imposés à la sage-femme dépendent de son statut juridique ou des rapports de droit qui gouvernent sa relation avec la future mère ou encore de prétendre qu'elle bénéficie d'un encadrement légal moins rigoureux que le médecin. Le droit devrait se garder de créer une situation plus risquée et autrement plus injuste pour les futurs parents qui ont recours aux services de sages-femmes. De même, l'existence ou non d'un contrat de services entre un CLSC et la sage-femme n'influe pas sur les différentes obligations qui encadrent la pratique. En effet, toute sage-femme assume les obligations de renseigner, de soigner, de suivre et de préserver le secret professionnel en tant que professionnelle de la santé qui pratique des

340. *Villemure c. Turcot*, *supra* note 123; *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance c. Laurent*, *supra* note 262; *De Bogyay c. Royal Victoria Hospital*, [1987] R.R.A. 613 (C.A.); *Vigneault c. Mathieu*, *supra* note 81; *Murray-Vaillancourt c. Clairoux*, *supra* note 273; *Currie c. Blundell*, *supra* note 222; P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *supra* note 33 à la p. 7 et s.; J.-P. Ménard et D. Martin, *supra* note 54 à la p. 15 et s.; F. Tôth, *supra* note 45 à la p. 317.

341. L'incapacité à consentir est cependant incompatible avec la conclusion d'un contrat.

342. Le Code civil n'admet plus la possibilité d'opter entre les deux régimes de sorte que le rapport consensuel s'apparente nécessairement au régime contractuel de l'article 1458, alors que c'est l'article 1457 qui s'applique en l'absence de convention.

accouchements normaux et oeuvre de façon générale dans le domaine de l'obstétrique et de la périnatalité. Nous référons donc le lecteur à chacune de ces obligations que nous avons amplement décrites dans la première partie³⁴³. Quelques remarques complémentaires s'imposent toutefois en présence d'une relation contractuelle, de la nature de celle entre la parturiente et la sage-femme de pratique purement privée, non rattachée à un CLSC.

Relativement à l'obligation de renseigner, il est essentiel de distinguer le consentement à la formation du contrat de l'autorisation donnée pour recevoir des soins ou subir des traitements³⁴⁴. En effet, la formation valide du contrat de soins sages-femmes implique que les particularités de la pratique doivent être révélées aux femmes qui évaluent la possibilité de bénéficier d'un tel suivi. Par exemple, l'interdiction d'assurer seule un suivi des grossesses à risque, d'utiliser les forceps, d'avoir recours à une médication anti-douleurs comme le syntocinon, constituent autant d'éléments que les femmes sont en droit de connaître avant d'accepter la sage-femme comme professionnelle responsable de leur accouchement³⁴⁵. De même, les risques associés à l'accouchement à domicile devraient être expliqués aux patientes³⁴⁶ :

It is imperative that women considering the merits of a home versus hospital birth be in position to make an informed choice. Many prospective parents are not fully aware how quickly a problem can

343. Sous-section 1.1.2 de la partie I ci-dessus.

344. Dans le premier cas, le consentement est donné selon l'article 1399 *C.c.Q.* alors que dans le second, ce sont les articles 10 et 11 *C.c.Q.* ainsi que l'article 1 de la Charte québécoise qui s'appliquent.

345. Maison de naissance Mimosa, Rencontre d'informations donnée par Madame Andrée Vallières, sage-femme, St-Romuald, 6 janvier 1999 : la conférencière mentionne que l'avantage principal d'être suivi par une sage-femme résulte du fait que les visites sont beaucoup plus longues que lors d'un suivi médical et, comme la sage-femme fait beaucoup de prévention en discutant avec la patiente de ses attentes et de ses inquiétudes au lieu de se contenter de l'examen physique, elle est beaucoup plus en mesure de voir venir les problèmes éventuels.

346. C. Gray et P. Rich, «Home births riskier than hospital, Ont. Policies say», *The Medical Post*, 1994 à la p. 18.

arise which requires immediate intervention. While rare, some of these complications can be fatal for the mother or baby³⁴⁷.

Une fois le contrat valablement formé, la parturiente ne donne pas à la sage-femme «carte blanche» pour tout faire. En effet, en cours de contrat, la sage-femme doit obtenir de sa patiente diverses autorisations avant de lui prodiguer des soins³⁴⁸ et celle-ci peut toujours refuser une intervention ou retirer son consentement au nom de son droit à l'intégrité et à l'inviolabilité de sa personne, droits d'ordre public et protégés par la *Charte*³⁴⁹. Ainsi, la sage-femme de pratique purement privée qui effectue une intervention non autorisée par la patiente ou qui procède alors que le consentement aux soins de la future mère est vicié s'expose à une poursuite en responsabilité civile pour une faute dans l'exécution du contrat.

Les obligations de soigner et de suivre prennent également une dimension particulière puisque le contrat sage-femme se caractérise, tout comme le contrat médical, par sa nature *intuitu personae*. En effet, la future mère témoigne toute sa confiance à la sage-femme en lui confiant «sa santé, voire sa vie [et celle de son bébé], et lui donne accès aux aspects les plus intimes de son existence»³⁵⁰. Ceci se traduit par l'obligation pour la sage-femme de soigner et de suivre personnellement sa patiente.

Ainsi, le contrat de soins fait intervenir deux volets de la responsabilité : d'abord la responsabilité personnelle de la sage-femme pour l'exécution fautive de ses propres obligations contractuelles, puis sa responsabilité pour autrui

347. College's Professional Enhancement Department, «New Policy on Home Births» (1994) Members' Dialogue, 26 à la p. 27; voir Annexe 5, «Code international de déontologie des sages-femmes», art. I A.

348. Art. 10-11 *C.c.Q.*; F. Tôth, *supra* note 60 à la p. 217 : «La nécessité d'obtenir l'autorisation du patient doit être considérée comme un processus dynamique et continu. Il n'y a pas un consentement à obtenir, mais bien des consentements.»

349. *Charte des droits et libertés de la personne*, *supra* note 59, art. 1; *Ciarlariello c. Shacter*, [1993] 2 R.C.S. 119; *Nancy B. c. Hôtel-Dieu de Québec*, [1992] R.J.Q. 361 (C.S.); *Manoir de la Pointe Bleue (1978) inc. c. Corbeil*, [1992] R.J.Q. 712 (C.S.); voir Annexe 5, «Code international de déontologie des sages-femmes», art. I B «Les sages-femmes travaillent avec les femmes, soutiennent leur droit de participer activement aux décisions concernant leurs soins (...)»

350. P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *supra* note 33 à la p. 15.

découlant des actes des personnes qu'elle s'est substituées pour l'exécution de ce contrat. Nous aborderons chacun de ces aspects dans l'ordre, en apportant la précision suivante sur le dernier point. Autant le régime contractuel de responsabilité pour la faute d'autrui que celui des commettants ont été introduits en droit pour accorder aux victimes une certaine garantie d'indemnisation pécuniaire lors d'un recours en responsabilité civile³⁵¹. Alors qu'ils comportent un attrait certain lors d'une poursuite contre un établissement, ces régimes peuvent devenir inefficaces si les sages-femmes ont une couverture d'assurance limitée par rapport aux montants souvent élevés des condamnations en obstétrique³⁵². Ce problème prend donc toute sa signification dans le cas de la sage-femme qui n'a conclu aucun contrat de services avec un C.L.S.C. et qui pratique en marge des établissements de santé³⁵³.

Telle la sage-femme employée des projets-pilotes, la sage-femme entrepreneure demeure soumise aux obligations quant au diagnostic et au traitement, de même qu'au devoir de ne pas abandonner la patiente et de s'assurer que des soins continus et adéquats lui soient administrés. Comme un contrat de soins régit les rapports entre la parturiente et la sage-femme de pratique privée non rattachée à un CLSC, un manquement dans l'évaluation clinique, l'interprétation des résultats, le contrôle du diagnostic, le savoir scientifique clinique propre à la pratique ou dans le suivi constitue une faute qui, lorsque causale du dommage, entraîne sa responsabilité contractuelle face à la mère³⁵⁴. De même, cette sage-femme qui délègue une partie essentielle de sa prestation, et donc du contrat de soins sans le consentement de la patiente, commet une faute dans l'exécution de ce contrat et engage sa responsabilité personnelle dès lors que le lien avec le dommage est établi.

L'affaire *Currie c. Blundell*³⁵⁵ illustre ce qui précède. Bien qu'il s'agisse de la responsabilité d'un médecin, nous l'appliquons par analogie à la sage-

351. *Ibid.* à la p. 71.

352. *Gravel c. Hôtel-Dieu d'Amos*, *supra* note 51 : la condamnation du centre hospitalier s'élevait à plus de 2 millions de dollars.

353. Voir nos commentaires à la sous-section 1.1.4, «Assurance-responsabilité», ci-dessous.

354. Art. 1458 *C.c.Q.*

355. *Supra* note 222.

femme non rattachée à un CLSC, compte tenu de la très grande similitude dans le contrat de soins. En l'espèce, la patiente avait rencontré le D^r Blundell pour subir une chirurgie cardiaque. Au cours de l'intervention, le médecin a décidé, sans avoir préalablement obtenu le consentement de la patiente, de confier l'exécution de sa prestation à son assistant, le D^r Long. Celui-ci a suturé l'aorte et une déchirure est survenue, provoquant une hémorragie massive qui a fait perdre à la demanderesse 60% de son volume sanguin. Cette dernière est restée avec un handicap aux membres inférieurs évalué à 30%. Selon la preuve présentée, le D^r Long n'a pas commis de faute. Quant au D^r Blundell, à qui le contrat de soins avait été confié, il a été tenu responsable personnellement pour avoir fait exécuter l'essentiel de sa prestation par un autre sans le consentement de la patiente et alors qu'il connaissait le manque de qualification et d'expérience de son assistant pour le genre d'intervention pratiquée :

Il lui appartient [à la patiente] de décider à qui elle confie le contrat de soins médicaux.

Un peu plus loin :

Il demeure cependant que le D^r Blundell n'était pas autorisé à confier une partie majeure de l'intervention à un assistant, sans obtenir le consentement de la patiente (...)

En admettant que le D^r Long n'a pas été capable d'arrêter l'hémorragie, sans doute parce qu'il manquait d'expérience, le D^r Blundell n'admet-il pas implicitement avoir commis une erreur de jugement en lui confiant cette délicate opération?³⁵⁶.

Ceci ne signifie pas que la sage-femme ne peut jamais déléguer d'actes. Il faut cependant que l'objet de cette délégation se limite à de simples actes matériels et accessoires, sous sa surveillance et son contrôle³⁵⁷. Dans la décision *Murray-Vaillancourt c. Clairoux*³⁵⁸, la demanderesse avait consulté un médecin oto-rhino-laryngologiste pour qu'il procède à l'exérèse d'une masse cervicale. Or, le médecin a confié une partie accessoire de l'intervention à une résidente

356. *Ibid.* à la p. 774.

357. *Ibid.*

358. *Supra* note 273.

en oto-rhino-laryngologie au cours de laquelle une perforation de l'oesophage est survenue. La Cour a décidé que le D^r Clairoux n'était pas fautif dans la délégation puisque :

Le professionnel de la santé est en droit de s'entourer d'assistants, à qui il pourra déléguer l'accomplissement de certains actes matériels nécessaires au succès du traitement. Dans un système de la santé où la formation de nouveaux médecins s'impose pour maintenir la qualité des soins prodigués, il est souhaitable et même nécessaire que des étudiants, internes et résidents, soient appelés à assister ainsi les médecins traitants. Il faut distinguer la délégation d'actes principaux et essentiels du traitement, ce qui serait un manquement à l'obligation de prodiguer personnellement les soins, de la délégation d'actes matériels accessoires qui visent à assister le praticien et à lui permettre de prodiguer efficacement les soins³⁵⁹.

Enfin, à l'opposé de la sage-femme employée des projets-pilotes, la sage-femme entrepreneure indépendante, qu'elle soit rattachée³⁶⁰ ou non à un CLSC peut devenir responsable des fautes commises par les personnes qu'elle se substitue dans l'exécution du contrat de soins avec la parturiente.

La décision *Murray-Vaillancourt c. Clairoux*³⁶¹ nous éclaire sur les éléments de la responsabilité contractuelle pour autrui du médecin. Une fois de plus, nous établissons une analogie avec la sage-femme de pratique purement privée. Il ressort de cette affaire que la responsabilité du médecin et incidemment de la sage-femme entrepreneure indépendante pour la faute causale d'un assistant qualifié peut être engagée même en présence d'une délégation dont l'objet se limite à de simples actes matériels et accessoires :

Comme tout débiteur d'une obligation contractuelle, le médecin traitant qui confie l'exécution d'une partie de son obligation à un tiers qualifié doit répondre personnellement du dommage causé en cas

359. *Ibid.* à la p. 769.

360. Pour la sage-femme qui a conclu un contrat de services avec un CLSC, voir la section 2 ci-dessous.

361. *Supra* note 273.

d'inexécution ou d'exécution fautive par ce tiers. La responsabilité pour le fait fautif du tiers découle du principe de la responsabilité du fait d'autrui³⁶².

L'analyse des différentes obligations qui s'imposent à la sage-femme de pratique purement privée ne suffit pas pour conclure qu'elle a agi fautivement dans l'exécution de son contrat de soins. En effet, il demeure essentiel de déterminer le degré de l'obligation qu'elle assume et d'apprécier ses agissements conformément aux règles qui suivent.

1.1.3 Intensité de l'obligation et norme de conduite

Les propos que nous avons tenus concernant la sage-femme employée dans les projets-pilotes³⁶³ s'appliquent *mutatis mutandis* à la sage-femme entrepreneure dans le cadre de la *Loi sur les sages-femmes*³⁶⁴ puisque le modèle d'appréciation demeure le même peu importe le statut juridique et le régime de responsabilité³⁶⁵. Par conséquent, la sage-femme entrepreneure est généralement soumise à une obligation de moyens. Sa conduite s'évalue selon le modèle *in abstracto*³⁶⁶ du médecin généraliste en obstétrique, qui commande le respect des règles de l'art obstétrical et la conformité de ses agissements aux standards généralement reconnus dans le milieu³⁶⁷. Rappelons l'enseignement des auteurs Bernardot et Kouri à l'effet qu'«il paraît logique d'exiger de toute personne administrant un soin médical, une telle compétence»³⁶⁸. Or, dans son champ de pratique, délimité par les risques obstétricaux et néonataux, la sage-femme pose précisément des actes médicaux : délivrance du nouveau-né, réanimation néonatale, extraction manuelle du placenta, révision utérine manuelle, prescription de certains médicaments, etc. Encore une fois, prétendre à un

362. *Ibid.* aux pp. 770-771.

363. Voir la sous-section 1.1.3 de la partie I ci-dessus.

364. *Supra* note 5.

365. F. Tôth, *supra* note 49 à la p. 46; mentionnons d'emblée que le rattachement à un CLSC ne modifie pas l'intensité de l'obligation ni la norme de conduite de la sage-femme.

366. P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *supra* note 33 aux pp. 39-40.

367. *R. c. Sullivan*, *supra* note 134 (C.S.C.-B.) à la p. 68 : repris en Cour d'appel mais la Cour suprême du Canada n'a pas statué sur cette question; voir également : S. Frost, *supra* note 136 à la p. 563.

368. A. Bernardot et R.P. Kouri, *supra* note 49 à la p. 266.

standard de soins différent pour cette professionnelle reviendrait à créer une grande injustice pour les couples qui ont recours aux soins de sages-femmes.

Nous verrons ci-après l'effet déplorable que produit la *Loi sur les sages-femmes*³⁶⁹ sur l'indemnisation concrète des différentes victimes, lorsque la faute a été commise par une sage-femme qui n'est rattachée à aucun CLSC.

1.1.4 Assurance-responsabilité

Dans le cadre d'une poursuite en obstétrique-gynécologie, les indemnités accordées se chiffrent en centaines de milliers, voire en millions de dollars³⁷⁰. Pour s'en convaincre, pensons aux affaires *Gravel c. Hôtel-Dieu d'Amos*³⁷¹ et *Stéfanik*³⁷² où la condamnation a atteint plus de deux millions de dollars dans le premier cas, alors que le juge a octroyé près du million dans le second. La question de l'assurance-responsabilité pour la pratique des sages-femmes est donc primordiale. Qui paiera la note?

Les sages-femmes non rattachées par contrat de services aux CLSC ont l'obligation de détenir une police d'assurance-responsabilité pour être inscrites au Tableau de l'Ordre³⁷³. Dans les projets-pilotes, nous l'avons vu, comme le CLSC répondait des fautes de ses sages-femmes, le fonds d'assurance de

369. *Supra* note 5.

370. *Toneguzzo-Norvell c. Burnaby Hospital*, [1994]1 R.C.S. 114; *Cherry (Guardian ad litem of) c. Borsman*, (1991) 5 C.C.L.T. (2d) 243 at 298 (ci-après *Cherry (Guardian) c. Borsman*); 75 D.L.R. (4^e) 668 et 720 (C.S.C.-B.), motifs supplémentaires à (1990) 5 C.C.L.T. (2^e) 243; 75 D.L.R. (4^e) 668 (C.S.C.-B.); (1992) 12 C.C.L.T. (2^e) 137; 70 B.C.L.R. (2^e) 273; [1992] 6 W.W.R. 701; 94 D.L.R. (4^e) 487, 16 B.C.A.C. 93; 28 W.A.C. 93 (C.A.); permission d'appeler à la Cour suprême refusée (1993), 99 D.L.R. (4^e) vii (note), 152 N.R. 240 (note), 32 C.A.C.-B 79 (note), (C.S.C.) 1991, 1990-présent : Blessures au fœtus -- Chefs de dommages. Le médecin défendeur a raté l'avortement pratiqué et l'enfant est né avec un handicap sévère. La poursuite en dommages-intérêts pour la faute du médecin défendeur a été accueillie avec une compensation de **\$1,824,920** pour le coût des soins futurs de l'enfant, une provision pour taxes et impôts de **\$454,390** (incluant la taxe sur les produits et les services) sur le coût des soins futurs et des frais de gestion de **\$225,500**.

371. *Supra* note 51.

372. *Supra* note 81.

373. *Code des professions*, *supra* note 74, art. 93(d) et 46(3).

l'Association des hôpitaux du Québec indemnisait les différentes victimes³⁷⁴. Or, dans l'hypothèse où les sages-femmes exercent une pratique purement privée, en marge des établissements de santé, l'A.H.Q. ne couvrira pas le risque³⁷⁵. Il s'agit d'un problème majeur puisque les sages-femmes devront ainsi se trouver une police sur le marché de l'assurance et ce, malgré leurs effectifs limités³⁷⁶. À titre indicatif, mentionnons qu'aux États-Unis, il en coûte annuellement 24 100\$US aux sages-femmes pour pratiquer en centre hospitalier alors que les primes pour les accouchements à domicile se chiffrent jusqu'à 72 300\$US³⁷⁷. Quant aux médecins québécois, alors qu'un médecin de famille débourse près de 2000\$ pour son assurance, les obstétriciens-gynécologues défraient des primes de plus de 28 000\$ par année³⁷⁸. Ces derniers propos méritent toutefois d'être nuancés puisqu'en vertu d'une entente entre le gouvernement et la Fédération des médecins spécialistes du Québec³⁷⁹, l'obstétricien ne paie finalement que 4900\$ annuellement³⁸⁰ pour bénéficier d'une couverture d'assurance-responsabilité professionnelle illimitée³⁸¹.

374. Voir la sous-section, «Assurance-responsabilité», de la partie I ci-dessus.

375. Entrevue téléphonique avec monsieur Carol Kelly, responsable des programmes d'assurance sages-femmes à l'Association des Hôpitaux du Québec, avril 1999; nous verrons que la position de l'A.H.Q. est sensiblement la même malgré l'existence de contrats de services entre la sage-femme et le CLSC : sous-section 2.2.1 b) ci-dessous.

376. Québec, Commission des institutions, *Journal des débats*, 1^{re} session, 36^e législature, le vendredi 11 juin 1999, 15h30, (Madame Linda Goupil) : «[...] il y a 66 sages-femmes qui sont reconnues aptes à pratiquer [...]. En principe, il devrait y avoir, au 30 juin 1999, 75 sages-femmes membres de l'Ordre des sages-femmes du Québec.»

377. G. A. Hoff et L. J. Schneiderman, «Having Babies at Home : Is It Safe? Is It Ethical?» (1985) Hastings Center Report 19 à la p. 23.

378. M. Thibodeau, «Les médecins disposent de plus d'un milliard pour se mettre à l'abri des poursuites judiciaires», *La Presse [de Montréal]* (6 mars 1997) A14; Association canadienne de protection médicale, *Calcul des cotisations du barème de 1999 - Obstétrique*, décembre 1999 : la prime annuelle en obstétrique est de 28 464\$.

379. L'entente entre la Fédération des médecins spécialistes du Québec et le gouvernement prévoit un remboursement des primes équivalant à 23564\$ pour l'année 1999-2000. Cette entente est intégrée à l'Annexe 9 de l'Accord-cadre et est renégociée annuellement.

380. Il s'agit par ailleurs d'une dépense fiscalement déductible.

381. *Le Règlement sur l'assurance-responsabilité professionnelle des médecins*, R.R.Q. 1981, c. M-9, r.3.1, art. 2.02 dispose que : « Le montant de la garantie doit être en tout temps d'au moins 300 000\$ par réclamation et d'au moins 900 000\$ pour l'ensemble des réclamations présentées au cours de chaque période de garantie d'un an (...). De plus : «[d]ans le cas d'une société de médecins, le montant minimal de la garantie pour l'ensemble des réclamations présentées au cours de chaque période de garantie d'un an est multiplié par le nombre de médecins associés ou employés de la société jusqu'à concurrence de 1 500 000\$

La question de l'assurance-responsabilité constitue l'une des raisons pour laquelle l'Office des professions du Québec avait, en 1987, décliné la requête de l'Association des sages-femmes du Québec d'être constituée en corporation professionnelle³⁸². Jugeant que le revenu annuel des sages-femmes et leur nombre ne leur permettraient pas de remplir les obligations du *Code des professions* et d'assurer la protection du public, l'Office avait plutôt recommandé d'élaborer une réglementation pour contrôler la pratique et les conditions d'admission, avec une contribution financière de l'État³⁸³. Le problème : les sages-femmes sont toujours peu nombreuses. Une des solutions résidait dans la proposition de l'Ordre des infirmières et infirmiers du Québec de les accueillir au sein de leur ordre professionnel et de leur fournir la couverture d'assurance nécessaire à la pratique³⁸⁴. Il semble que le besoin d'affirmation professionnelle des sages-femmes et les motivations hautement politiques du gouvernement aient primé sur la protection des victimes puisqu'on a octroyé aux sages-femmes un ordre professionnel d'exercice exclusif.

Face aux difficultés de trouver un assureur et aux coûts d'une telle assurance et compte tenu des montants élevés des condamnations en obstétrique par rapport aux problèmes de plafond de couverture, nous envisageons quelques avenues pour garantir une certaine solvabilité aux victimes. D'abord, le Bureau de l'Ordre des sages-femmes peut, par résolution, créer un fonds d'assurance-responsabilité professionnelle³⁸⁵. Si cette solution devait être retenue, nous pensons que la garantie minimale prévue devrait être de 5 millions de dollars.

(...). L'article 3.01 du *Règlement sur l'assurance -responsabilité professionnelle des médecins* dispose que le membership à l'Association Canadienne de Protection Médicale équivaut à une assurance-responsabilité professionnelle. La C.M.P.A. offre une couverture sans plafond ni franchise à 90% des médecins québécois.

382. Office des professions du Québec, *Avis au Ministre responsable de l'application des lois professionnelles concernant la demande de l'Association des sages-femmes du Québec d'être constituée en corporation professionnelle*, Québec, 1987 aux pp. 3, 11.

383. *Ibid.* aux pp. 14, 16.

384. Ordre des infirmières et infirmiers du Québec, *supra* note 322; selon le *Règlement sur l'assurance-responsabilité professionnelle des infirmières et infirmiers*, R.R.Q. 1981, c. I-8, r.3, art. 2.01 : «Un professionnel en soins infirmiers [...] doit être assuré contre la responsabilité qu'il peut encourir, en raison des fautes ou négligences commises dans l'exercice de sa profession, dont la limite de la garantie ne peut être inférieure à 500 000\$.»

385. *Code des professions*, *supra* note 74, art. 86.1.

Dans cet ordre d'idées, le gouvernement pourrait accorder des subventions à l'Ordre des sages-femmes pour lui permettre de remplir ses obligations quant à l'assurance-responsabilité professionnelle³⁸⁶. Ensuite, le gouvernement pourrait instaurer un véritable régime étatique d'indemnisation pour tous les accidents thérapeutiques³⁸⁷, sages-femmes ou autres. Cette solution aurait l'avantage d'éviter aux victimes des poursuites complexes et dispendieuses mais en revanche, les indemnités accordées seraient sans contredit plus limitées. Enfin, nous pensons que l'une des conditions pour que la sage-femme puisse pratiquer des accouchements à domicile serait qu'elle ait obligatoirement conclu un contrat de services avec un CLSC³⁸⁸. La loi pourrait donc être amendée en ce sens. Puisque le gouvernement détient le pouvoir réglementaire de déterminer le montant minimal d'assurance-responsabilité que la sage-femme qui a conclu un contrat de services doit détenir³⁸⁹, il pourrait certes contraindre le fonds d'assurance de l'A.H.Q. à couvrir la pratique sage-femme, à domicile comme ailleurs³⁹⁰. Nous préconisons davantage cette dernière solution et croyons que la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*³⁹¹ devrait être amendée comme suit, ce qui permettrait la réparation intégrale du préjudice subi par les victimes :

259.2 : L'établissement répond des conséquences pécuniaires d'une faute commise par la sage-femme dans l'exécution de sa prestation.

Dans la sous-section suivante, nous aborderons l'analyse des exemples concrets qui se rapportent à la pratique à domicile de la sage-femme non rattachée à un CLSC et nous démontrerons que la *Loi sur les sages-femmes* constitue à ce titre un net recul pour les victimes par rapport aux projets-pilotes.

386. *Ibid.*, art. 198, al. 1; *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 5, art. 78 : afin de permettre à l'Ordre de remplir ses obligations concernant la protection du public, un fonds est institué provenant des sommes réservées pour le financement des projets-pilotes, et ce, pour les huit premières années d'activités.

387. P.-G. Jobin, *supra* note 185, 113; A. Tunc, «Vers un système fondé sur l'assurance du risque» (1987) 28 C. de D. 125 à la p. 129.

388. *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 5, art. 35 (ajoutant l'article 259.2 à la L.S.S.S.).

389. *Ibid.*, art. 39 (modifiant l'article 505(2) L.S.S.S.) et 35 (ajoutant l'article 259.9 à la L.S.S.S.).

390. Des raisons politiques nous font toutefois douter de cette solution.

391. *Supra* note 6.

1.2 LA PRATIQUE À DOMICILE

La pratique d'accouchements à domicile constituait l'une des revendications majeure des sages-femmes dans le cadre des démarches entreprises pour obtenir la légalisation de leur profession. Rappelons qu'en vertu de la *Loi 4*³⁹², les naissances à domicile assistées par des sages-femmes étaient illégales. Le *Projet de loi 28*³⁹³, présenté à l'Assemblée nationale le 11 mai 1999, venait rompre avec l'expérience des projets-pilotes en prévoyant que le Bureau de l'Ordre des sages-femmes devait «déterminer les normes de pratique et les conditions d'exercice de la profession exigées lors d'accouchements à domicile»³⁹⁴. Lors de l'examen du projet de loi devant la Commission des institutions, madame Pauline Marois, ministre de la santé, a précisé que seules les naissances en CLSC et en centre hospitalier étaient admises, reportant les accouchements à domicile de un à trois ans³⁹⁵. Ainsi, même si la *Loi sur les sages-femmes* prévoit toujours que le Bureau de l'Ordre des sages-femmes doit adopter un règlement fixant les normes de pratique et les conditions d'exercice lors d'accouchements à domicile³⁹⁶, le gouvernement n'approuvera un tel règlement que s'il est satisfait que la sécurité des mères et des nouveau-nés est assurée dans le cadre de naissances à domicile³⁹⁷. Notons que le gouvernement peut refuser les normes de pratiques proposées par le Bureau de l'Ordre, les modifier ou encore en retarder l'entrée en vigueur³⁹⁸.

Clairement, la pratique sage-femme à domicile est acquise au Québec. Seule sa réalisation effective est retardée et ce, malgré les pressions des sages-

392. *Loi sur les projets-pilotes*, *supra* note 4, art. 5, al. 2; voir la sous-section 2 de la partie I ci-dessous.

393. *Supra* note 24.

394. *Ibid.*, art. 5, al. 1(2).

395. Voir l'article 62 du *Projet de loi 28*, *supra* note 24, «Les accouchements à domicile seront rendus possibles une fois que le gouvernement aura encadré cette pratique, suite à quelques années d'expérience» : QUÉBEC, Assemblée nationale, *Journal des débats*, (2 juin 1999) à la p. 2117; voir aussi K. Gagnon, *supra* note 6.

396. *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 5, art. 5, al. 1(2) et 61.

397. *Supra* note 74, art. 95; Québec, Commission des institutions, *Journal des débats*, (15 juin 1999) 20h00.

398. *Ibid.*

femmes³⁹⁹. Ainsi, suite au report de un à trois ans, les sages-femmes, bien que non rattachées par contrat de services à un CLSC, pourront interagir avec différents professionnels lors d'accouchements à domicile. Toujours dans une perspective critique par rapport aux projets-pilotes, nous utiliserons essentiellement la même division que dans la première partie, soit les cas exempts de l'intervention d'un médecin puis ceux qui nécessitent les soins de l'urgentologue ou de l'obstétricien-gynécologue.

1.2.1 Sans intervention d'un médecin

La sage-femme peut en toute autonomie prodiguer des soins à domicile⁴⁰⁰ sans recourir aux services d'un médecin⁴⁰¹. La condition qui sous-tend cet énoncé est que la grossesse se déroule dans les paramètres de la normalité, telle que déterminée par le *Règlement sur les risques obstétricaux et néonataux*⁴⁰². Dans ce champ d'activités, l'interaction entre les différentes sages-femmes et aides natales non rattachées à un CLSC peut causer des difficultés d'identification du débiteur pour le recours en responsabilité.

a) La participation de la sage-femme jumelle

Dans leur pratique, les sages-femmes se jumellent en équipe de deux, chacune possédant ainsi une sage-femme jumelle qui lui est spécifique. Rappelons brièvement que les tâches de cette dernière consistent à assister la sage-femme principale lors de l'accouchement et à la remplacer au moment de ses vacances.

399. L. Hamelin, Présidente du Regroupement des sages-femmes du Québec, Conférence de Presse, Montréal, 15 juin 1999.

400. Sous réserve de l'article 95 du *Code des professions*, *supra* note 74 et de l'article 5, al. 1(2) de la *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 5.

401. *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 5, art. 5, 6.

402. *Supra* note 40 : le règlement en vigueur dans les projets-pilotes s'applique jusqu'à l'adoption par le Bureau de l'Ordre des sages-femmes d'un nouveau règlement visant les risques obstétricaux et néonataux : voir *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 5, art. 5, al. 1(3) et 58.

Tel que précédemment établi, un contrat de soins unit la parturiente et la sage-femme principale⁴⁰³. Cette dernière demeure par conséquent responsable des fautes commises par elle-même ou par autrui dans l'exécution de cette convention. Toutefois, dès que la jumelle prend en charge le suivi de la patiente dans le cadre d'un remplacement, le contrat entre la patiente et la sage-femme principale est temporairement suspendu pour laisser place à une seconde convention avec la remplaçante, en l'occurrence la sage-femme jumelle⁴⁰⁴. Ceci implique que chacune des sages-femmes n'est alors responsable que de ses propres fautes.

Tout comme dans les projets-pilotes, la patiente et l'enfant qui subissent un dommage suite à la faute d'une sage-femme sont des victimes immédiates. Ces victimes peuvent poursuivre la sage-femme principale sur la base du contrat⁴⁰⁵ pour une faute personnelle, notamment lorsqu'elle se fait remplacer par une autre sage-femme qu'elle sait incompétente ou insuffisamment qualifiée⁴⁰⁶. De même, la sage-femme principale qui abandonne sa patiente commet une faute personnelle⁴⁰⁷ dans le cadre de son contrat de soins et s'expose également à une poursuite en responsabilité civile sur la base de la convention.

Quant à la jumelle qui a agi négligemment et contrairement aux règles de l'art obstétrical⁴⁰⁸, la mère et le nouveau-né rechercheront sa responsabilité

403. Voir la sous-section 1.1.1, «Qualification de la relation juridique parturiente / sage-femme», de la présente partie ci-dessous.

404. P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *supra* note 33 à la p. 246 : «(...) l'accord de toutes les parties impliquées permet cette solution».

405. Art. 1458 *C.c.Q.*; pour le mineur de moins de quatorze ans, le mécanisme de la stipulation pour autrui fait en sorte que le fondement de l'action contre la sage-femme se situe sur le plan contractuel, celle-ci s'étant engagée pour que les soins soient dispensés au bénéfice de l'enfant. Voir Art 1444 *C.c.Q.*; P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *supra* note 33 à la p. 13. Le recours de l'enfant s'exerce via ses tuteurs légaux : Art. 159, 192 *C.c.Q.*

406. *Currie c. Blundell*, *supra* note 222 : le Docteur Blundell a été tenu responsable personnellement sur la base du contrat de soins pour s'être fait assister par un résident qu'il savait non qualifié pour cet acte.

407. *Girouard c. Hôpital Royal Victoria*, *supra* note 106.

408. Voir la sous-section 1.1.3, «Intensité de l'obligation», ci-dessus.

personnelle contractuelle seulement s'il y a eu suspension du contrat initial avec la sage-femme principale et conclusion d'un second contrat avec la jumelle. Autrement, les victimes immédiates d'une faute commise par la jumelle disposent d'un recours fondé sur la responsabilité contractuelle pour autrui de la sage-femme principale puisque celle-ci répond des actions et omissions fautives des tiers qu'elle introduit dans l'exécution de cette convention⁴⁰⁹. Ce dernier énoncé réfère notamment au cas de la sage-femme qui se fait assister par une seconde sage-femme lors d'un accouchement, sans qu'il y ait de remplacement effectif. Ceci n'empêche toutefois pas la patiente et le bébé de prendre alors action directement contre la sage-femme jumelle⁴¹⁰, sur la base du régime extracontractuel de responsabilité⁴¹¹.

Enfin, compte tenu que les victimes par ricochet⁴¹² n'ont contracté ni avec la sage-femme principale, ni avec la jumelle, leur recours se fonde nécessairement sur la responsabilité extracontractuelle de l'article 1457 *C.c.Q.* Ainsi, pour tenir l'une des sages-femmes responsable de la faute de l'autre, les proches de la parturiente doivent faire la preuve du lien de préposition⁴¹³. Or, toutes deux sont des professionnelles indépendantes et on ne saurait conclure à un «pouvoir de contrôle et de direction [...] ou de donner des ordres et instructions dans l'exécution des fonctions»⁴¹⁴. Pour réussir leur poursuite, les victimes par ricochet doivent donc rechercher la responsabilité personnelle extracontractuelle de chacune des sages-femmes impliquées ou encore démontrer que chacune a commis une faute susceptible d'avoir causé le préjudice sans qu'il soit possible de déterminer laquelle l'a effectivement causé⁴¹⁵.

409. Art. 1458 *C.c.Q.*; *Murray-Vaillancourt c. Clairoux*, *supra* note 273 aux pp. 770-771; P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *supra* note 33 aux pp. 72-73.

410. P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *supra* note 33 à la p. 245.

411. Art. 1457 *C.c.Q.*

412. Il s'agit des proches de la parturiente et du nouveau-né, notamment les père, frères, soeurs, etc. qui subissent un dommage certain et immédiat comme conséquence de la faute de la sage-femme.

413. Art. 1463, 1457 *C.c.Q.*

414. P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *supra* note 33 à la p. 76.

415. Art. 1480 *C.c.Q.*

Les possibilités d'indemnisation des différentes victimes s'arrêtent là puisqu'aucun établissement du réseau de santé et de services sociaux ne répond des fautes de la sage-femme de pratique purement privée. Ceci s'explique de deux façons. D'abord, n'étant rattachée à aucun CLSC, la professionnelle n'est pas introduite dans l'exécution des obligations de cet établissement. Cette sage-femme oeuvre en marge des établissements de santé⁴¹⁶ et il devient évident que le CLSC n'est pas responsable des fautes d'un tiers qui lui est complètement étranger. Ensuite, puisque l'entente nécessaire à la pratique en centre hospitalier nécessite que les sages-femmes soient rattachées à un CLSC⁴¹⁷, l'hôpital ne peut assumer quelque responsabilité que ce soit relativement à celle qui exerce exclusivement à domicile ou en cabinet privé. Ceci se traduit par un problème de dépassement de couverture de responsabilité compte tenu des montants élevés des condamnations en obstétrique. Notre suggestion à l'effet que la sage-femme ait l'obligation de conclure un contrat de services avec un CLSC pour pratiquer des accouchements à domicile prend ici toute sa signification puisqu'un amendement à la *Loi* permettrait de tenir l'établissement responsable des fautes de la sage-femme dans l'exécution de sa prestation⁴¹⁸.

b) La participation de l'aide natale

Dans le cadre d'une pratique sage-femme sans rattachement à un CLSC, rien n'empêche la sage-femme d'être assistée par une aide natale lors d'accouchements à domicile. Compte tenu que les aides natales disposent d'une simple formation de trente heures dispensée par les sages-femmes, leurs tâches principales consistent davantage à apporter un soutien technique lors des accouchements ou en postnatal⁴¹⁹. Tel que précédemment établi, la sage-femme peut légalement déléguer une partie accessoire de sa prestation à un assistant qualifié, sous sa supervision et son contrôle⁴²⁰. Avec déférence, les aides natales

416. *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 5, art. 10, al. 2 et 35 (au sujet des articles 259.2 et 259.10 *L.S.S.S.*, interprétés *a contrario*).

417. *Ibid.*, art. 35 (ajoutant les articles 259.2 et 259.10 à la *L.S.S.S.*).

418. Voir la sous-section 1.1.4 de la présente partie, ci-dessus.

419. Équipe d'évaluation des projets-pilotes sages-femmes, *supra* note 2 à la p. 197 : les aides natales ont un statut de préposées aux bénéficiaires avec une formation d'appoint en allaitement, soins postnataux et réanimation cardiaque pour la mère et le nouveau-né.

420. *Murray-Vaillancourt c. Clairoux*, *supra* note 273 à la p. 769.

ne constituent certes pas des «assistantes qualifiées», contrairement à ce que la pratique de certaines sages-femmes des projets-pilotes laissait entrevoir. Rappelons que dans certaines maisons de naissance, les aides natales vont même jusqu'à juger du niveau d'urgence et prennent la décision d'appeler un médecin advenant une situation anormale⁴²¹. Il s'agit sans contredit d'une délégation illégale. Dans ce contexte, nous pensons que la *Loi sur les sages-femmes*⁴²² devrait être amendée de manière à permettre au Bureau de l'Ordre des sages-femmes de déterminer par règlement⁴²³ les actes qui, suivant certaines conditions, peuvent être posés par des classes de personnes autres que des sages-femmes, en l'occurrence les aides natales. Ce règlement sur les actes sages-femmes délégués viendrait ainsi circonscrire davantage la pratique, évitant de faire courir à la mère et au nouveau-né des risques inutilement accrus. Par analogie, le médecin doit se conformer au *Règlement sur les actes visés à l'article 31 de la Loi médicale qui peuvent être posés par des classes de personnes autres que des médecins*⁴²⁴ avant de confier une prestation médicale à une infirmière. Autrement, il commet une faute personnelle dont le lien avec le dommage engage sa responsabilité civile.

À l'égard des victimes immédiates, puisqu'un contrat de soins encadre les relations parturiente / sage-femme, la responsabilité personnelle contractuelle de cette dernière intervient pour avoir illégalement délégué à une assistante non qualifiée une partie de sa prestation⁴²⁵. Par ailleurs, la commission d'une faute causale de l'aide natale engage la responsabilité contractuelle pour autrui de la sage-femme, prévue à l'article 1458 C.c.Q.⁴²⁶. Ceci n'empêche pas la mère et le nouveau-né de poursuivre directement l'aide natale, sur la base du régime extracontractuel de responsabilité⁴²⁷. En ce qui concerne les pères, frères, soeurs, etc., puisque les relations juridiques se situent invariablement dans le régime extracontractuel, leur fardeau consiste à démontrer le lien de préposition de

421. Maison de naissance Mimosa, Rencontre d'informations, St-Romuald, 6 janvier 1999.

422. *Supra* note 5.

423. Ce règlement devrait être adopté après consultation de l'Office des professions : par analogie, voir *Loi médicale*, *supra* note 75, art. 19, al. 2.

424. R.R.Q. 1981, c. M-9, r.1.1.

425. *Currie c. Blundell*, *supra* note 222.

426. La responsabilité contractuelle pour autrui peut intervenir même si la délégation est légale : voir *Murray-Vaillancourt c. Clairoux*, *supra* note 273 aux pp. 770-771.

427. Art. 1457 C.c.Q.

l'aide natale⁴²⁸. Lorsque la sage-femme dispose d'aides natales en cabinet privé, il n'y a guère place au doute quant au contrôle de l'exécution des actes posés par cette dernière. Toutefois, les différentes victimes risquent, une fois de plus, de faire face à un problème de dépassement de couverture d'assurance.

Lorsque la grossesse dévie de la normalité et devient à risque, la sage-femme a l'obligation de recourir à un médecin⁴²⁹.

1.2.2 Avec l'intervention d'un médecin

Avec la légalisation et l'intégration des sages-femmes en santé périnatale, la présence d'un risque obstétrical ou néonatal ne nécessite plus exclusivement le transfert de la parturiente ou le suivi conjoint, comme dans les projets-pilotes, mais permet également la simple consultation du médecin⁴³⁰. Cet énoncé reste vrai même si la sage-femme n'est rattachée à aucun établissement du réseau de la santé. Ainsi, l'intervention du corps médical se concrétise à trois niveaux, que nous aborderons dans l'ordre : la consultation, le suivi conjoint et le transfert.

428. Art. 1463, 1457 C.c.Q.

429. En l'espèce, c'est l'article 5 de la *Loi sur les sages-femmes* qui s'applique.

430. *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 5, art. 5, al. 1(3).

a) La consultation

Dans la foulée de ses travaux, le Conseil d'évaluation des projets-pilotes a mandaté un groupe de travail chargé de faire l'étude et de fournir des recommandations sur la question des risques obstétricaux et néonataux⁴³¹. On ne s'étonne guère de constater que ce comité mixte⁴³², composé de quatre personnes, toutes sages-femmes, ait recommandé «que le Conseil d'évaluation adopte ou recommande l'adoption d'une classification des conditions de référence d'une sage-femme à un médecin basée sur des raisons de consultation d'une part et des raisons de transfert de soins d'autre part (...)»⁴³³. Pour illustrer la responsabilité qui découle du processus de consultation selon l'hypothèse où la sage-femme exerce une pratique purement privée, nous nous inspirerons des exemples exposés dans la première partie de notre essai et ferons les adaptations nécessaires.

Une remarque préliminaire s'impose. Même en l'absence d'un risque obstétrical ou néonatal et peu importe que la sage-femme soit une entrepreneure au lieu d'une employée, son obligation de consulter un médecin demeure lorsque les règles de l'art l'exigent⁴³⁴, en raison de la condition médicale ou des demandes de la mère, ou encore pour un manque de compétences⁴³⁵. Sur ce dernier point :

Si l'affection est d'une nature telle que le médecin traitant n'a pas les habiletés requises pour poursuivre le traitement lui-même, il doit appeler en consultation un spécialiste ayant la compétence nécessaire⁴³⁶.

431. Conseil d'évaluation des projets-pilotes, *supra* note 17 à la p. 119.

432. *Ibid.* : le groupe de travail est formé de deux sages-femmes du Conseil d'évaluation et de deux sages-femmes du Comité d'admission à la pratique.

433. *Ibid.* à la p. 132.

434. J.-P. Ménard et D. Martin, *supra* note 54 aux pp. 39-41.

435. Le *Code de déontologie international des sages-femmes* prévoit l'obligation de consulter ou de transférer lorsque les besoins de la femme dépassent les compétences de la sage-femme : Annexe 5, art I (E); *Code de déontologie des médecins*, *supra* note 55, art. 2.03.16 : prévoit qu'un médecin doit orienter son patient ailleurs, lorsque ses capacités et connaissances le limitent dans le traitement. Le Code de déontologie des sages-femmes comportera certainement des dispositions au même effet.

436. A. Bernardot et R.P. Kouri, *supra* note 49 à la p. 280.

Une fois la consultation initiée, trois avenues s'offrent à la sage-femme. Elle peut se conformer aux conseils du médecin⁴³⁷, requérir une seconde consultation ou enfin, écarter l'avis médical s'il est manifestement erroné⁴³⁸. Rappelons que le consentement de la parturiente se place toujours au centre des décisions de consultations et des démarches à suivre comme conséquences des avis médicaux formulés⁴³⁹.

Dans le cadre de ce processus, la faute causale commise par la sage-femme en exécution de son contrat de soins engage sa responsabilité contractuelle face aux victimes immédiates et extracontractuelle face aux victimes par ricochet. Il s'agit notamment du cas de la sage-femme qui a procédé nonobstant son manque de connaissances ou de compétences ou qui a écarté sans raison les conseils du spécialiste⁴⁴⁰. Sur ce dernier aspect, soulignons que le fardeau de preuve se traduit par l'obligation de démontrer que le dommage ne serait pas survenu si l'avis médical avait été suivi, selon la balance des probabilités⁴⁴¹. L'exonération de la sage-femme demeure également possible sur la base du refus libre et éclairé formulé par la patiente quant aux recommandations du spécialiste. Le recours des victimes par ricochet se situe dans le régime extracontractuel de responsabilité⁴⁴² car il n'existe aucune convention entre ces victimes et la sage-femme fautive.

Analysons un second aspect qui découle des consultations médicales, c'est-à-dire l'identification de la responsabilité lorsqu'un dommage survient comme suite de l'exécution par la sage-femme entrepreneure d'une

437. Sous réserve qu'elle doit posséder l'expertise nécessaire pour le faire. Autrement, il demeure préférable d'assumer un suivi conjoint ou de transférer la patiente au spécialiste.

438. J.-P. Ménard et D. Martin, *supra* note 54 aux pp. 43-44 : la sage-femme n'a en effet aucune obligation légale de suivre la recommandation du médecin puisqu'elle demeure la professionnelle responsable des décisions cliniques à l'égard de la patiente tout au long du processus de consultation.

439. Art. 10-11 C.c.Q.; J.-P. Ménard et D. Martin, *supra* note 54 aux pp. 41-42.

440. *McCormick c. Marcotte*, *supra* note 250; P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *supra* note 33 à la p. 225; ceci s'applique également à la sage-femme rattachée au CLSC par contrat de services et qui effectue le suivi de sa patiente en vertu d'un contrat de soins : voir la sous-section 2.1.1 c) ci-après.

441. Art. 2804 C.c.Q.

442. Art. 1457 C.c.Q.

recommandation erronée et fautive de l'obstétricien. Nous en avons traité dans notre étude des projets-pilotes, et apporterons essentiellement les mêmes commentaires. Clairement, chacun de ces professionnels répond de ses fautes personnelles⁴⁴³. Les victimes pourront ainsi rechercher la responsabilité du médecin pour avoir notamment fourni une opinion hâtive ou non conforme aux données acquises de la science. De même, la sage-femme qui ne possède pas l'expertise suffisante pour écarter une recommandation manifestement erronée du médecin se place dans une situation fort délicate. En effet, après avoir reçu les recommandations du spécialiste, la sage-femme devrait réévaluer ses capacités professionnelles quant à la poursuite du suivi de la patiente⁴⁴⁴. On ne saurait cependant conclure à une application des règles de la responsabilité pour la faute d'autrui entre l'obstétricien et la sage-femme, alors que celle-ci se conforme aux opinions médicales émises par un professionnel plus spécialisé⁴⁴⁵ et que la participation du médecin se limite à fournir son expertise professionnelle. Dans les faits, aucun n'exécute l'obligation de l'autre et on ne peut certes pas y déceler un pouvoir de contrôle.

Dans le cas d'une faute causale de l'obstétricien, rappelons que l'Association canadienne de protection médicale fournit une couverture illimitée aux médecins membres, alors que les victimes de la faute d'une sage-femme non rattachée à un CLSC risque de se heurter à un problème de plafond de couverture.

b) Le suivi conjoint

L'intégration de la sage-femme dans le système de santé périnatale n'enlève pas aux futures mères la possibilité de bénéficier du suivi conjoint, qui se concrétise par une alternance des visites à la sage-femme non rattachée à un CLSC et au médecin⁴⁴⁶. Ce dernier prend en charge une portion du suivi de la

443. P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *supra* note 33 aux pp. 223-224.

444. J.-P. Ménard et D. Martin, *supra* note 54 à la p. 90.

445. *Ibid.* à la p. 48.

446. Équipe d'évaluation de projets-pilotes sages-femmes, *supra* note 2 à la p. 239 : rappelons que dans les projets-pilotes, 208 suivis conjoints ont été recensés sur l'ensemble des 254 transferts périnataux.

grossesse soit parce que la future mère l'exige, soit parce qu'un risque obstétrical apparaît.

Pour les mêmes raisons que celles exposées ci-haut pour le processus de consultation et à l'instar des règles établies sur cette question dans les projets-pilotes⁴⁴⁷, médecin et sage-femme assument chacun l'entière responsabilité des actes qu'ils posent dans le traitement de la patiente. Leur interaction ne donne pas ouverture à l'application des règles de la responsabilité pour la faute d'autrui entre eux, chacun agissant dans une sphère bien délimitée du suivi périnatal⁴⁴⁸. Ils engagent leur responsabilité civile contractuelle face à la mère lorsqu'ils commettent une faute causale, chacun à l'intérieur de leur contrat de soins avec la parturiente.

Reprenons l'exemple fourni par l'équipe d'évaluation des projets-pilotes sur un cas de mortinaissance à l'occasion d'un suivi conjoint⁴⁴⁹. Issu d'une grossesse gémellaire diagnostiquée après vingt semaines, le premier bébé est né à l'hôpital par voie basse. L'accouchement s'est déroulé sous les soins d'un médecin, accompagné par une sage-femme. Le médecin a rompu les membranes amniotiques du second bébé et une procidence du cordon est survenue, causant des dommages cérébraux à l'enfant et son décès, à cinq jours de vie. Qu'arrive-t-il si la sage-femme entrepreneure commet une faute causale alors qu'elle dispense des soins prescrits par le médecin et qui sortent de ses tâches habituelles? Bien que la relation juridique entre la parturiente et la sage-femme de pratique purement privée s'inscrivent dans le cadre contractuel⁴⁵⁰, un contrat médical naît de la volonté de la patiente de recevoir des soins du médecin pour la portion de la grossesse qui s'intéresse au risque associé à la grossesse gémellaire. Ainsi, le médecin répond contractuellement face à la patiente des fautes de la sage-femme qu'il a introduit pour exécuter sa prestation⁴⁵¹. Cependant, il faut que les agissements de celle-ci s'insèrent dans la sphère du

447. Voir la sous-section 2.2.2 de la partie I ci-dessus.

448. P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *supra* note 33 aux pp. 224-226.

449. Équipe d'évaluation des projets-pilotes sages-femmes, *supra* note 2 à la p.169.

450. Voir sous-section 1.1.1 de la présente partie ci-dessus.

451. Art. 1458 C.c.Q.; P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *supra* note 33 aux pp. 72-73.

contrat médical, car le médecin ne saurait être tenu d'obligations qu'il n'a pas assumées.

c) Le transfert

Nous avons amplement décrit les différentes obligations qui incombent à la sage-femme et au médecin en ce qui concerne le transfert dans le contexte des projets-pilotes. Nous y référons le lecteur⁴⁵² puisque ces obligations demeurent inchangées dans le cadre de la *Loi sur les sages-femmes*⁴⁵³ et s'imposent aux intervenants sans considération du statut juridique de la sage-femme et peu importe que celle-ci ait ou non conclu un contrat de services avec un CLSC. Rappelons principalement que la sage-femme doit tenter, dans l'intervalle de temps qui précède l'intervention de l'obstétricien, du néonatalogiste ou de l'urgentologue, de stabiliser la condition de la mère ou du nouveau-né en leur apportant des soins prudents et diligents⁴⁵⁴. Le médecin a quant à lui l'obligation corrélative de s'enquérir des informations nécessaires à la poursuite des soins et traitements⁴⁵⁵. Encore ici, nous nous inspirerons des exemples exposés dans la première partie de notre essai pour illustrer la responsabilité qui découle du processus de transfert dans le cadre de la *Loi*⁴⁵⁶. Nous prendrons pour acquis que les actions et omissions ont été commises par des sages-femmes entrepreneures, de pratique purement privée.

Dans le cas du décès néonatal survenu à la Maison de naissance de l'Outaouais⁴⁵⁷, le Coroner Louise Nolet a dénoncé l'attente beaucoup trop longue des sages-femmes qui ont débuté la ventilation et l'oxygène d'un bébé qui ne respirait pas, plus de deux à trois minutes après la naissance et qui ont omis d'intuber l'enfant alors que précisément, il y avait indication de procéder en ce sens et rapidement. Ce comportement dévie clairement de la bonne

452. Voir la sous-section 2.2.3 de la partie I ci-dessus.

453. *Supra* note 5.

454. *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, *supra* notes 81, 106; ceci découle de l'obligation de suivre et, par analogie : *Code de déontologie des médecins*, *supra* note 55, art. 2.03.10.

455. *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, *supra* note 81; F. Tôth, *supra* note 49 à la p. 42.

456. *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 5.

457. Bureau du coroner, *supra* note 131.

pratique obstétricale reconnue⁴⁵⁸. En présence d'un contrat de soins parturiente / sage-femme, la responsabilité de cette dernière se trouve engagée sur la base du régime contractuel face aux victimes immédiates⁴⁵⁹ et extracontractuelle face aux victimes par ricochet⁴⁶⁰. Les sages-femmes ne sauraient s'exonérer en démontrant qu'elles ont fait appel à un spécialiste quelconque car «l'obligation de bien soigner (ou plus exactement de suivre) ne se termine pas avec la décision de transférer le patient»⁴⁶¹.

Une fois le transfert au médecin valablement effectué, la sage-femme est déchargée de ses obligations⁴⁶². L'obstétricien-gynécologue prend alors complètement en charge le suivi de la patiente, sur son consentement. En l'espèce, un nouveau contrat médical se forme et la faute commise à l'occasion de l'exécution de cette convention engage la responsabilité contractuelle personnelle ou pour autrui du médecin⁴⁶³. La pratique sage-femme dans les projets-pilotes témoigne de plusieurs transferts périnataux d'urgence en centre hospitalier. En 1993, 400 femmes qui ont débuté la période de travail sous les soins d'une sage-femme ont finalement été transférées à l'hôpital et 6% de ces cas constituaient des transferts d'urgence⁴⁶⁴. L'Équipe d'évaluation a répertorié pour sa part 254 transferts, ce qui représente 25.4% de l'ensemble des suivis en maison de naissance⁴⁶⁵. Lorsqu'un transfert d'urgence se produit, si la patiente n'est pas en mesure de donner son accord, les relations sont extracontractuelles, engageant le régime extracontractuel de responsabilité contre le centre hospitalier et contre le médecin⁴⁶⁶. Toutefois, si la mère a consenti au transfert

458. En vertu de la *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 5, art. 6, al. 2, ceci fait partie du champ de pratique de la sage-femme.

459. Art. 1458 *C.c.Q.*

460. Art. 1457 *C.c.Q.*

461. F. Tôth, *supra* note 49 à la p. 41.

462. P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *supra* note 33 à la p. 248; J.-P. Ménard et D. Martin, *supra* note 54 à la p. 34.

463. Art. 1458 *C.c.Q.*; Murray-Vaillancourt c. Clairoux, *supra* note 273 aux pp. 770-771.

464. V. Reuillard, «Sages-femmes : l'accouchement d'une profession» (1993) *Justice* 11 à la p. 12.

465. Équipe d'évaluation des projets-pilotes sages-femmes, *supra* note 2 à la p. 236.

466. Art. 1457, 1463 *C.c.Q.* (à l'encontre du centre hospitalier) qui pose l'exigence très problématique du lien de préposition du médecin par rapport à l'établissement : En faveur du lien de préposition du médecin : *Martel c. Hôtel-Dieu St-Vallier*, *supra* note 72;

dans un hôpital en particulier, la relation avec ce dernier est contractuelle. Le centre hospitalier répond de la faute commise par le médecin qu'il a introduit dans l'exécution de ses obligations contractuelles⁴⁶⁷.

À notre avis, la *Loi sur les sages-femmes* va trop loin en permettant que des sages-femmes non rattachées aux établissements du réseau de la santé pratiquent des accouchements à domicile. D'une part, ceci rend difficile l'intervention immédiate d'un obstétricien ou d'un néonatalogue en cas de complications et d'autre part, les victimes risquent de se heurter à un problème de dépassement de l'assurance-responsabilité en cas de négligence de la sage-femme. Par ailleurs, nous jugeons utile de préciser que c'est le Bureau de l'Ordre des sages-femmes, administré par des pairs, qui fixe les normes de pratique et les conditions d'exercice à domicile⁴⁶⁸. Rappelons que la décision de légaliser la profession a été prise sans attendre les résultats d'une étude sur le nombre élevé de mortinaissances durant l'évaluation des projets-pilotes⁴⁶⁹ et qu'il existe, pour les sages-femmes, une proportion supérieure de bébés avec un APGAR⁴⁷⁰ faible à une minute⁴⁷¹. Nous ne pouvons que dénoncer cette attitude de relâchement pour la sécurité des mères et des nouveaux-nés. Il nous semble que seules des considérations politiques émanent du projet de loi et proviennent d'une conduite tout aussi irresponsable qui consiste à faire primer des objectifs

Villemure c. Turcot, *supra* note 123; *Houde c. Côté*, *supra* note 123; *Covet c. Jewish General Hospital*, *supra* note 171; F. Tôth, *fsupra* note 49 à la p. 58 et s. Contre la thèse du lien de préposition du médecin : *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance c. Laurent*, *supra* note 262; J.-L. Baudouin et P. Deslauriers, *supra* note 32 à la p. 887 et s., n^{os} 1480-1482; A. Bernardot et R.P. Kouri, *supra* note 49 à la p. 363; P.-A. Crépeau, *supra* note 48.

467. *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, *supra* note 106, juges LeBel, Monet et Mailhot; *Bernard c. Cloutier*, *supra* note 151; A. Bernardot et R.P. Kouri, *supra* note 49 aux pp. 256, 326-327; P.-A. Crépeau, *supra* note 48 aux pp. 716-717.

468. *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 5, art. 5, al. 1(2).

469. J.-F. Lépine, *supra* note 17.

470. L'APGAR est une appréciation de l'état du nouveau-né qui se fait généralement à 1, 5 et 10 minutes de vie. Pour le quantifier, on utilise cinq critères que l'on note de 0 à 2 selon l'état de l'enfant et que l'on additionne pour un total de 10. Ces critères sont les battements cardiaques, les mouvements respiratoires, le tonus musculaire, la réactivité (toux, éternuement) et la couleur.

471. Conseil d'évaluation des projets-pilotes, *supra* note 17 aux pp. 48-49.

de reconnaissance et d'indépendance professionnelles sur le bien-être des parturientes et bébés⁴⁷². La situation demeure très préoccupante.

Dans la section qui suit, nous verrons à quel point la *Loi sur les sages-femmes* constitue un désavantage pour les victimes par rapport aux projets-pilotes. En effet, nous démontrerons que le centre hospitalier et le CLSC ne répondent désormais plus des fautes commises par les sages-femmes entrepreneures, bien que celles-ci soient rattachées aux différents CLSC.

2. LA SAGE-FEMME RATTACHÉE PAR CONTRAT DE SERVICES AU C.L.S.C.

La sage-femme qui désire exercer sa profession pour un établissement doit conclure un contrat de services avec un CLSC⁴⁷³. L'existence de cette convention signifie que pour bénéficier des soins et services d'une sage-femme rattachée à un CLSC, la future mère peut s'adresser à l'établissement ou encore, elle peut contracter directement avec la sage-femme. S'agissant de deux situations qui comportent des conséquences juridiques fort différentes, nous en traiterons séparément.

2.1 ENTENTE PRÉALABLE PARTURIENTE / SAGE-FEMME

Bien qu'elle soit rattachée par contrat de services à un CLSC⁴⁷⁴, la sage-femme peut exercer seule ou en société avec d'autres sages-femmes⁴⁷⁵ et prodiguer des soins dans le cadre d'un contrat de soins avec la patiente. L'accouchement se déroule en maison de naissance, mais les soins sages-femmes à domicile restent possibles dans la mesure où le contrat de services avec l'établissement ne l'exclut pas. Sur ce dernier point, nous pensons que le

472. Rappelons que les membres du CETS étaient unanimement d'accord pour procéder à l'analyse des cas de réanimation mais leur mandat n'a pas été élargi et s'est limité uniquement aux mortinaissances. Le CETS a néanmoins précisé que les cas de réanimation devraient faire l'objet d'une nouvelle étude : Conseil d'évaluation des technologies de la santé, *supra* note 17 aux pp. 5-6.

473. *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 5, art. 35 (ajoutant l'article 259.2 à la *L.S.S.S.S.*)

474. *Ibid.*

475. *Ibid.*, art. 10, al. 2.

contrat devrait stipuler l'obligation pour la sage-femme d'exercer sa profession exclusivement dans un établissement (maison de naissance ou centre hospitalier)⁴⁷⁶. Cette solution est d'ailleurs compatible avec les mesures de surveillance et de contrôle dont dispose l'établissement sur la sage-femme qui y est rattachée⁴⁷⁷. Mentionnons également que les sages-femmes rattachées aux différents CLSC, comparativement aux précédentes (non rattachées aux CLSC), peuvent assister des accouchements en centre hospitalier puisque la loi prévoit la possibilité d'une entente à cet effet entre le CLSC parrain et un établissement qui exploite un centre hospitalier⁴⁷⁸.

Selon l'existence ou non de l'entente permettant la pratique intra-hospitalière des sages-femmes, nous énoncerons la responsabilité qui incombe à la sage-femme rattachée au CLSC qui agit dans le cadre d'un contrat de soins avec la patiente, de même que la responsabilité du CLSC et du centre hospitalier.

2.1.1 Aucune entente CLSC / centre hospitalier selon l'article 259.10 L.S.S.S.S.⁴⁷⁹

a) La sage-femme

Conformément à la décision rendue dans l'affaire *Mellen*⁴⁸⁰ et au droit subséquent⁴⁸¹, la sage-femme rattachée à un CLSC peut prendre en charge la grossesse de la patiente⁴⁸² dans le cadre d'un contrat de soins. Les principes que

476. *Ibid.*, art. 35 (ajoutant l'article 259.5 à la L.S.S.S.S. : «Le contrat de services conclu avec une sage-femme en application des dispositions de l'article 259.2, doit prévoir les droits et obligations de la sage-femme rattachés à l'exercice de sa profession pour l'établissement»). On pourrait donc exclure conventionnellement les accouchements à domicile.

477. *Ibid.*, art. 31 (Responsable des services de sage-femme), art. 32 (Conseil des sages-femmes) et art. 35 (ajoutant l'article 259.6 à la L.S.S.S.S. : pouvoir de prendre des mesures disciplinaires contre la sage-femme). Voir également la sous-section 2.1.1 b) ci-dessous.

478. *Ibid.*, (au sujet de l'article 259.10 L.S.S.S.S.).

479. *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, *supra* note 6.

480. *Supra* note 86 aux pp. 408-409.

481. *Supra* note 340.

482. Le refus de soins ne doit pas être fondé sur des motifs discriminatoires : *Charte des droits et libertés de la personne*, *supra* note 59, art. 12; L.S.S.S.S., *supra* note 6, art. 6, al. 2; *Hamel c. Malaxos* [1994] R.J.Q. 173 (C.Q.); P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens,

nous avons exposés concernant le cadre contractuel de la responsabilité de la sage-femme non rattachée à un CLSC⁴⁸³ s'appliquent donc tout autant à la sage-femme qui a conclu un contrat de services avec cet établissement. Ainsi, la présence d'un accord de volontés valide entre la parturiente et la sage-femme⁴⁸⁴ fait en sorte que la poursuite des victimes immédiates⁴⁸⁵ se fonde sur le contrat⁴⁸⁶. Par contre, le recours des victimes par ricochet se situe dans le régime extracontractuel de responsabilité de l'article 1457 *C.c.Q.*, car ces victimes n'ont jamais contracté avec la sage-femme.

Rappelons que toute sage-femme assume les obligations de renseigner, de soigner, de suivre et de préserver le secret professionnel peu importe son statut, son lieu de pratique ou son rattachement à un établissement du réseau de la santé et des services sociaux. Nous référons le lecteur aux commentaires que nous avons préalablement formulés concernant la sage-femme de pratique purement privée⁴⁸⁷ en rappelant brièvement quelques principes.

D'abord, la formation valide du contrat de soins sages-femmes implique que les particularités de la pratique doivent être révélées aux femmes qui évaluent la possibilité de bénéficier d'un tel suivi. Ainsi, les femmes doivent savoir que les maisons de naissance ne disposent pas toutes du même équipement médical. Par exemple, on ne retrouve pas d'incubateur pour le nouveau-né au CLSC de Pointe-Claire⁴⁸⁸. Une fois le contrat de soins validement formé, la patiente peut toujours refuser une intervention ou retirer son

supra note 33 aux pp. 11, 15-17.

483. Voir la sous-section 1.1.1, «Qualification de la relation juridique parturiente / sage-femme», de la présente partie ci-dessus.

484. L'incapacité de contracter et l'incapacité à consentir sont incompatibles avec la conclusion d'un contrat de soins valide.

485. Il s'agit de la mère et du nouveau-né. Pour celui-ci, le mécanisme de la stipulation pour autrui fait en sorte que son action se situe également dans le régime contractuel de responsabilité, malgré sa minorité : voir *supra* note 405.

486. Art. 1458 *C.c.Q.*

487. Voir la sous-section 1.1.2, «Obligations», de la présente partie ci-dessus.

488. J.-F. Lépine, *supra* note 17 : il semble que les ambulanciers aient transporté un nouveau-né dans une couverture de la maison de naissance Lac-St-Louis jusqu'au centre hospitalier.

consentement⁴⁸⁹. La sage-femme qui passerait outre ce consentement s'exposerait à une poursuite en responsabilité pour une faute dans l'exécution du contrat⁴⁹⁰.

De plus, la sage-femme doit soigner et suivre personnellement sa patiente, au nom du caractère *intuitu personae*⁴⁹¹ du contrat de soins. Étant assujettie aux obligations quant au diagnostic et au traitement⁴⁹², de même qu'au devoir de ne pas abandonner la patiente et de s'assurer que des soins adéquats et continus lui soient administrés⁴⁹³, la sage-femme ne peut déléguer une partie essentielle de sa prestation sans le consentement de la patiente ou si le délégataire est insuffisamment qualifié⁴⁹⁴. D'ailleurs, hormis ses fautes personnelles, la sage-femme entrepreneure pourra être tenue de la faute d'une tierce personne qu'elle a introduite dans l'exécution du contrat de soins⁴⁹⁵. Cet énoncé réfère notamment au cas de la sage-femme jumelle qui assiste la sage-femme principale lors de l'accouchement. La patiente victime d'une faute commise par la jumelle dispose alors d'un recours fondé sur la responsabilité contractuelle pour autrui de la sage-femme principale, bien que celle-ci n'ait pas commis de faute⁴⁹⁶. Il demeure toutefois nécessaire de différencier cette situation de celle où la jumelle prend en charge le suivi de la patiente dans le cadre d'un

489. *Charte des droits et libertés de la personne*, supra note 59, art. 1; art. 11 C.c.Q.; *Ciarlariello c. Shacter*, supra note 349; *Nancy B. c. Hôtel-Dieu de Québec*, supra note 349; *Manoir de la Pointe Bleue (1978) inc. c. Corbeil*, supra note 349.

490. Art. 1458 C.c.Q.

491. P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, supra note 33 à la p. 15.

492. Il s'agit de l'évaluation clinique consciencieuse, l'interprétation adéquate des résultats et le contrôle du diagnostic.

493. Ceci implique la transmission à la remplaçante de tout renseignement complémentaire qui pourrait influencer sur la grossesse : *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, supra note 106; P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, supra note 33 à la p. 232; J.-P. Ménard et D. Martin, supra note 54 aux pp. 18-19.

494. *Currie c. Blundell*, supra note 222 à la p. 774.

495. Art. 1458 C.c.Q.; *Murray-Vaillancourt c. Clairoux*, supra note 273 aux pp. 770-771; quant aux victimes par ricochet, elles peuvent poursuivre les sages-femmes principale et jumelle pour une faute personnelle sur la base du régime extracontractuel de responsabilité. Les proches de la parturiente et du nouveau-né se trouvent néanmoins dans l'impossibilité de prouver le lien de préposition de la jumelle par rapport à la sage-femme principale puisque toutes deux sont des professionnelles indépendantes : Art. 1457, 1463 C.c.Q.; P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, supra note 33 à la p. 76.

496. P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, supra note 33 aux pp. 72-73.

remplacement. En effet, ceci implique que le contrat de soins entre la future mère et la sage-femme principale est temporairement suspendu pour laisser place à une seconde convention avec la sage-femme jumelle⁴⁹⁷. Il ne saurait alors être question de responsabilité pour la faute d'autrui puisque chacune des sages-femmes ne devient responsable que de ses propres fautes⁴⁹⁸.

Enfin, peu importe son rattachement à un CLSC, la sage-femme pose des actes médicaux dans l'exercice de sa profession⁴⁹⁹. Elle est généralement tenue à une obligation de moyens et sa conduite s'évalue selon le modèle *in abstracto*⁵⁰⁰ du médecin généraliste en obstétrique⁵⁰¹. Ses agissements doivent donc être évalués selon les règles de l'art obstétrical et conformément aux standards généralement reconnus dans le milieu.

b) Le CLSC

Avec la *Loi sur les sages-femmes*⁵⁰², les CLSC conservent leur mission qui consiste à offrir en première ligne des services de santé et des services sociaux courants, de nature préventive ou curative, de réadaptation ou de réinsertion⁵⁰³. La différence est qu'au lieu d'être employées, les sages-femmes y deviennent rattachées par contrat de services⁵⁰⁴.

497. *Ibid.* à la p. 246.

498. Art. 1458 *C.c.Q.*; par analogie : *Drapeau-Gourd c. Power*, J.E. 82-424 (C.S.).

499. *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 5, art. 6, 8 : délivrance du nouveau-né, réanimation néonatale, extraction manuelle du placenta, révision utérine manuelle, prescription de médicaments, etc.

500. P. Lesage-Jarjour, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *supra* note 33 aux pp. 39-40.

501. Voir la sous-section 1.1.3, «Intensité de l'obligation et norme de conduite», de la partie I ci-dessus.

502. *Supra* note 5.

503. *L.S.S.S.S.*, *supra* note 6, art. 80.

504. *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 5, art. 35 (ajoutant les articles 259.2 à 259.5 à la *L.S.S.S.S.*). Sur recommandation du conseil des sages-femmes quant aux qualifications et à la compétence d'une sage-femme, le conseil d'administration conclut avec elle un contrat de services en tenant compte du plan d'organisation et des ressources disponibles. Le conseil d'administration peut refuser la demande d'une sage-femme en se fondant sur des critères de qualification, de compétence ou de comportement. Le rattachement au CLSC est néanmoins facultatif puisqu'une sage-femme peut choisir une pratique privée.

Clairement, la patiente qui se présente au CLSC choisit en définitive de contracter avec cette institution⁵⁰⁵. Toutefois, selon notre première hypothèse, comme la conclusion du contrat sage-femme / parturiente précède la formation du contrat parturiente / CLSC, la mère est prise en charge en début de grossesse par une sage-femme de son choix et elle accouche en maison de naissance sous ses soins spécifiques. La sage-femme pose des actes en raison du contrat qui la lie à la patiente et non en exécution du contrat entre celle-ci et le CLSC. La professionnelle n'est pas assignée par l'établissement et les deux contrats se superposent⁵⁰⁶, les soins dispensés s'inscrivant dans deux sphères parallèles mais distinctes. Nous soumettons que le CLSC ne saurait répondre des fautes commises par la sage-femme qui prodigue des soins dans le cadre d'une convention distincte avec la parturiente, qui a eu précisément pour effet d'exclure ces soins du contrat parturiente / CLSC. Cette situation s'apparente d'ailleurs à celle du patient qui consulte un chirurgien en cabinet privé et qui se fait opérer au centre hospitalier par ce chirurgien :

Est particulièrement importante la question de savoir si les relations entre les parties ont eu pour effet d'exclure certains soins médicaux de la sphère hospitalière. Quand les soins médicaux ont fait l'objet d'une convention particulière médecin-patient, le centre hospitalier ne saurait en répondre⁵⁰⁷.

Le CLSC continue toutefois de répondre de la portion des soins exclus de la sphère sage-femme⁵⁰⁸ : soins infirmiers, médecin de garde, aides natales, sages-femmes de garde ou d'urgence⁵⁰⁹. Par exemple, lorsque l'établissement fournit des aides natales à la mère qui accouche en maison de naissance sous les soins de sa sage-femme, il répond des fautes causales commises par ces aides natales. Dans ce cas, c'est le régime contractuel de responsabilité pour la faute

505. Par analogie : *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, *supra* note 106.

506. *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance c. Laurent*, *supra* note 262; *Hôpital général de la région de l'amiante c. Perron*, *supra* note 51; A. Bernardot et R. P. Kouri, *supra* note 49 aux pp. 261-262; P.-A. Crépeau, *supra* note 48 aux pp. 721-726 (qualifie cette situation de relation contractuelle multiple); F. Tôth, *supra* note 45 aux pp. 325-326.

507. F. Tôth, *supra* note 49 aux pp. 55, 56.

508. La pluralité de fautes contractuelles signifie que la responsabilité est *in solidum* entre la sage-femme et le CLSC : Art. 1525, 1526 C.c.Q. *a contrario*.

509. Voir la sous-section 2.2.1 ci-dessous.

d'autrui qui s'applique face aux victimes immédiates⁵¹⁰. En ce qui concerne les victimes par ricochet, puisque les relations juridiques se situent invariablement dans le régime extracontractuel, leur fardeau consiste à démontrer le lien de préposition de l'aide natale⁵¹¹. Ceci représente peu de difficultés puisqu'en CLSC, l'aide natale est une préposée de ce dernier, au même titre que dans les projets-pilotes. Le CLSC répond donc des fautes commises par l'aide natale lorsque ses agissements s'insèrent dans le cadre de ses tâches habituelles. De ce qui précède, nous constatons qu'en présence de deux fautes qui ont contribué au même dommage, l'une de la sage-femme entrepreneure et l'autre de l'aide natale, le CLSC ne répondra à titre de commettant que des fautes de la dernière, ce qui est pour le moins surprenant⁵¹². L'établissement tentera néanmoins de s'exonérer en démontrant que l'aide natale a agi sous le contrôle direct et la supervision de la sage-femme entrepreneure, laquelle serait alors considérée «commettant momentané». Nous soumettons qu'il ne faut pas conclure au déplacement du lien de préposition à chaque fois qu'une aide natale assiste les sages-femmes puisqu'il s'agit précisément de son travail⁵¹³. Rappelons enfin que pour éviter de faire courir à la mère et au nouveau-né des risques accrus, la *Loi sur les sages-femmes*⁵¹⁴ devrait être amendée de façon à créer un règlement sur les actes sages-femmes pouvant être délégués aux aides natales⁵¹⁵.

La *Loi sur les sages-femmes* constitue un net recul pour la patiente victime par rapport aux projets-pilotes, en faisant de la sage-femme une entrepreneure. En effet, dans les projets-pilotes, le CLSC s'engageait par convention à fournir tous les soins relatifs à la pratique des sages-femmes qu'il employait. Une faute commise par une sage-femme ou une aide natale en exécution de ce contrat engageait la responsabilité de l'établissement : *qui agit*

510. Art. 1458 C.c.Q.

511. Art. 1457, 1463 C.c.Q.

512. En effet, le CLSC s'affiche comme offrant des services sages-femmes et exploite une maison de naissance.

513. Voir par analogie les commentaires déjà apportés sur cette question, voir la sous-section 1.2.3 b) de la partie I ci-dessus.

514. *Supra* note 5.

515. Tel que suggéré, voir la sous-section 1.2.1 b) de la partie II ci-dessus.

*per alium agit per se*⁵¹⁶. Tel que nous l'avons précédemment démontré, avec la légalisation de la profession et l'instauration de contrats de services entre les sages-femmes et les CLSC, les obligations assumées par ceux-ci ne comprennent plus invariablement les soins des sages-femmes qui y sont rattachées. Tout dépend de l'existence d'un contrat de soins parturiente / sage-femme exclusif de la convention parturiente / CLSC. À ce titre, nous réitérons la nécessité d'amender la loi de sorte que l'établissement soit tenu de répondre des conséquences pécuniaires d'une faute commise par la sage-femme dans l'exécution de sa prestation⁵¹⁷. Les différents contrôles, les règles de soins⁵¹⁸ et les mesures disciplinaires⁵¹⁹ qui peuvent être prises par l'établissement militent d'ailleurs en faveur d'une telle solution et démontrent à quel point la sage-femme est intégrée à l'établissement malgré le statut d'entrepreneure indépendante.

Quant aux proches de la parturiente et du nouveau-né, ils perdent le moyen de réussir dans un recours contre le CLSC pour une faute de la sage-femme entrepreneure. En effet, ces victimes n'ont jamais contracté ni avec celle-ci, ni avec l'établissement. Comme la base de leur action contre tous les défendeurs se situe nécessairement dans le régime extracontractuel de l'article 1457 *C.c.Q.*, la seule façon de retenir la responsabilité du CLSC consiste à utiliser le régime des commettants de l'article 1463 *C.c.Q.*, qui pose l'exigence du lien de préposition. Or, en prescrivant le rattachement des sages-femmes par contrats de services, la *Loi*⁵²⁰ empêche précisément aux victimes de faire cette preuve. Le droit est clair sur cette question :

L'entrepreneur ou le prestataire de services a le libre choix des moyens d'exécution du contrat et il n'existe entre lui et le client aucun lien de subordination quant à son exécution⁵²¹. (Nous soulignons)

516. A. Bernardot et R. P. Kouri, *supra* note 49 à la p. 260; P.-A. Crépeau, *supra* note 48; F. Tôth., *supra* note 45 aux pp. 324-325; voir la sous-section 1.2.1 de la partie I ci-dessus.

517. Voir la sous-section 1.1.4 de la présente partie ci-dessus concernant l'amendement suggéré à l'article 259.2 *L.S.S.S.S.*

518. *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 5, art. 31, 32.

519. *Ibid.*, art. 26, 35 (ajoutant les articles 259.6 et 259.7 à la *L.S.S.S.S.*); Voir également l'Annexe 7, «Processus de plainte dans le cadre de la *Loi sur les sages-femmes*».

520. *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 5.

521. Art. 2099 *C.c.Q.*

De plus, alors que dans les projets-pilotes, le fonds d'assurance de l'Association des hôpitaux du Québec indemnisait les différentes victimes d'une faute sage-femme⁵²², il semble qu'avec la reconnaissance d'un statut d'entrepreneures pour les sages-femmes, l'A.H.Q. ne couvrira pas le risque qui découle de cette pratique, épousant ainsi la même ligne de conduite qu'avec les médecins⁵²³. Or, les sages-femmes qui exercent leur profession conformément à un contrat de services ont l'obligation de détenir une police d'assurance-responsabilité⁵²⁴, dont le montant est déterminé par règlement du gouvernement⁵²⁵. Rappelons que ceci représente de nombreuses difficultés pour les sages-femmes quant au choix d'un assureur, aux coûts d'une telle assurance et compte tenu des montants élevés des condamnations en obstétrique par rapport aux problèmes de plafond de couverture. Par contre, même si le gouvernement détermine le montant minimal d'assurance-responsabilité que la sage-femme qui a conclu un contrat de services doit détenir, il pourrait, de façon analogue avec ce qui se fait avec les Fédérations de médecins⁵²⁶, assumer les primes des sages-femmes en concluant des ententes à cet effet avec leur ordre professionnel⁵²⁷.

Enfin, rappelons que l'établissement de soins assume généralement une obligation de moyens⁵²⁸. Peu importe que la sage-femme qu'il se substitue pour l'exécution de ses obligations oeuvre à titre d'entrepreneure indépendante, il

522. Voir la sous-section 1.2.4 b), «Assurance-responsabilité», de la partie I ci-dessus.

523. Entrevue téléphonique avec monsieur Carol Kelly, responsable des programmes d'assurance sages-femmes à l'Association des Hôpitaux du Québec, avril 1999; L'article 3.01 du *Règlement sur l'assurance-responsabilité professionnelle des médecins* dispose que le membership à l'Association Canadienne de Protection Médicale équivaut à une assurance-responsabilité professionnelle. C'est la C.M.P.A. qui offre une couverture sans plafond ni franchise à 90% des médecins québécois.

524. *Loi sur les sages-femmes*, supra note 5, art 35 (ajoutant l'article 259.9 L.S.S.S.).

525. *Ibid.*, art. 39 (modifiant l'article 505 L.S.S.S.).

526. Voir supra note 379.

527. *Loi sur les sages-femmes*, supra note 5, art. 38 (ajoutant l'article 432.1, al. 1 et 2 L.S.S.S.) : «Le ministre peut, avec l'approbation du gouvernement, conclure avec un organisme représentatif des sages-femmes une entente pour l'application des articles 259.2 et suivants. Une telle entente peut notamment prévoir différents modes de rémunération de même que le versement, à titre compensatoire ou de remboursement, de divers montants tels des primes, des frais ou des allocations (...).»

528. Voir la sous-section 1.2.2 de la partie I ci-dessus.

demeure soumis à cette norme de prudence et de diligence dont la violation s'apprécie selon le modèle *in abstracto*⁵²⁹. Néanmoins, des fonctions comme la mauvaise distribution d'un produit pharmaceutique, le défaut d'identifier le bon groupe sanguin ou le mauvais classement de dossiers tombent dans la catégorie des obligations de résultat⁵³⁰. Dans ces cas, l'absence de résultat présume la faute.

c) Le centre hospitalier

La *Loi sur les sages-femmes* démontre à quel point les centres hospitaliers ont cherché à éviter toute responsabilité qui pourrait découler de la pratique sage-femme⁵³¹. Ainsi, on ne s'étonnera guère de voir la majorité des hôpitaux refuser leur accord à une entente qui permettrait aux sages-femmes d'assister des accouchements en centre hospitalier. Nonobstant ce qui précède, cet établissement a néanmoins l'obligation de conclure une entente avec un CLSC pour assurer le «support médical lorsque requis de même que les mesures nécessaires afin de procurer à la femme ou à son enfant, en cas de consultation ou de transfert, les soins et les services requis par leur état»⁵³². Bien qu'obligatoire, cette entente n'implique aucunement que la sage-femme soit autorisée à pratiquer des accouchements au centre hospitalier. L'entente obligatoire CLSC / centre hospitalier ne viserait en effet que la fourniture de soins médicaux et hospitaliers dans deux situations : la demande de consultation ou le transfert en cas de risque obstétrical ou en cas d'urgence.

La consultation est un processus entrepris à l'initiative de la sage-femme auprès d'un médecin en présence d'un risque obstétrical⁵³³, à la demande de la mère ou parce que les règles de l'art l'exigent⁵³⁴. Les mêmes grands principes demeurent, c'est-à-dire que la sage-femme peut, après avoir obtenu le

529. A. Bernardot et R.P. Kouri, *supra* note 49 à la p. 326.

530. P.-A. Crépeau, *supra* note 48 à la p. 714.

531. *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 5 (au sujet des articles 259.10 et 259.11 L.S.S.S.S.).

532. *Ibid.*, art. 35 (ajoutant l'article 259.11 à la L.S.S.S.S.).

533. *Ibid.*, art. 5, al. 1(3).

534. J.-P. Ménard et D. Martin, *supra* note 54 aux pp. 39-41.

consentement de la patiente⁵³⁵, se conformer aux conseils du médecin⁵³⁶, requérir une seconde consultation ou, enfin, écarter l'avis médical s'il est manifestement erroné⁵³⁷. Ainsi, la sage-femme, dont la pratique est régie par un contrat avec la patiente, qui prodigue des soins nonobstant son manque de connaissances ou écarte sans raison les conseils du spécialiste⁵³⁸, s'expose à une poursuite en responsabilité pour une faute personnelle dans l'exécution de son contrat de soins⁵³⁹. Cet énoncé demeure vrai que la consultation soit survenue en pré, per ou postnatal. Les remarques que nous avons formulées concernant le processus de consultation lorsque la sage-femme exerce une pratique purement privée⁵⁴⁰ s'appliquent donc également à la sage-femme qui a conclu un contrat de services avec un CLSC et qui prodigue des soins dans le cadre d'un contrat avec une parturiente. Quant au centre hospitalier, si la future mère consulte le médecin en cabinet privé, une convention médicale prend naissance et le centre hospitalier ne saurait répondre des fautes du médecin commises dans la sphère du contrat médical⁵⁴¹.

Les situations de suivi conjoint ne sont pas expressément prévues dans la *Loi sur les sages-femmes*⁵⁴². Néanmoins, les futures mères peuvent requérir d'alterner leurs visites à la sage-femme et au médecin pour que ce dernier prenne en charge une portion du suivi de grossesse. Ceci pourra notamment survenir si un risque obstétrical apparaît.

535. Art. 10-11 *C.c.Q.*; J.-P. Ménard et D. Martin, *supra* note 54 aux pp. 41-42.

536. Sous réserve qu'elle doit posséder l'expertise nécessaire pour le faire. Autrement, il demeure préférable d'assumer un suivi conjoint ou de transférer la patiente au spécialiste.

537. J.-P. Ménard et D. Martin, *supra* note 54 aux pp. 43-44 : la sage-femme n'a en effet aucune obligation légale de suivre la recommandation du médecin puisqu'elle demeure la professionnelle responsable des décisions cliniques à l'égard de la patiente tout au long du processus de consultation.

538. *McCormick c. Marcotte*, *supra* note 250; P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *supra* note 33 à la p. 225.

539. Art. 1458 *C.c.Q.*

540. Voir la sous-section 1.2.2. a) de la présente section ci-dessus.

541. Voir : *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance c. Laurent*, *supra* note 262; *Hôpital général de la région de l'amiante c. Perron*, *supra* note 51 : A. Bernardot et R. P. Kouri, *supra* note 49 aux pp. 261-262; P.-A. Crépeau, *supra* note 48 aux pp. 721-726; F. Tôth, *supra* note 45 aux pp. 325-326; F. Tôth, *supra* note 49 aux p. 55-56.

542. *Supra* note 5.

Dans le cadre de ce processus, rappelons brièvement que la sage-femme et le médecin agissent dans une sphère bien délimitée du suivi périnatal⁵⁴³. À l'égard de la patiente, chacun oeuvre à l'intérieur d'un contrat de soins spécifique. Par conséquent, lorsqu'ils commettent une faute causale, ils engagent leur responsabilité civile contractuelle en vertu de leur contrat respectif⁵⁴⁴. La responsabilité du centre hospitalier pour la faute du médecin n'intervient que dans la mesure où l'on réussit à démontrer l'inclusion de ces soins médicaux dans le contrat hospitalier. Or, la convention médicale a eu précisément pour effet d'exclure ces soins du contrat parturiente / centre hospitalier⁵⁴⁵.

Enfin, pour illustrer la responsabilité qui incombe au centre hospitalier lors d'un transfert d'urgence, prenons l'exemple d'un accouchement pratiqué par une sage-femme en CLSC, au cours duquel survient une complication qui nécessite les soins d'un urgentologue ou l'expertise de l'obstétricien-gynécologue. Si la patiente n'est pas en mesure de donner son accord, les relations sont extracontractuelles, engageant le régime extracontractuel de responsabilité contre le centre hospitalier et contre le médecin⁵⁴⁶. Toutefois, si la mère a consenti au transfert dans un hôpital en particulier, la relation avec ce dernier est contractuelle. En l'espèce, le centre hospitalier assure le support médical⁵⁴⁷ et, comme il n'existe aucun contrat médical distinct de la convention hospitalière, il répond de la faute commise par le médecin qu'il a introduit dans l'exécution de ses obligations contractuelles⁵⁴⁸. Cependant, si un risque obstétrical se présente en cours de grossesse et que la patiente contracte avec l'obstétricien pour les soins à venir, le centre hospitalier ne saurait en répondre.

Jusqu'à maintenant, notre analyse s'est fondée sur la prémisse que le CLSC et le centre hospitalier n'avait conclu aucune entente permettant à la sage-

543. P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *supra* note 33 aux pp. 224-226.

544. Art. 1458 *C.c.Q.*

545. *Supra* note 541.

546. Art. 1457, 1463 *C.c.Q.* (à l'encontre du centre hospitalier) qui pose l'exigence très problématique du lien de préposition du médecin par rapport à l'établissement : *supra* note 466.

547. *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 5, art. 35 (ajoutant l'article 259.11 à la *L.S.S.S.*).

548. *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, *supra* note 106, juges LeBel, Monet et Mailhot; *Bernard c. Cloutier*, *supra* note 151; A. Bernardot et R.P. Kouri, *supra* note 49 aux pp. 256, 326-327; P.-A. Crépeau, *supra* note 48 aux pp. 716-717.

femme d'assister des accouchements en centre hospitalier. Ci-après, nous aborderons la responsabilité de la sage-femme, du CLSC et du centre hospitalier, en prenant pour acquis que ces établissements ont convenu d'une pratique sage-femme intra-hospitalière.

2.1.2 Entente CLSC / centre hospitalier selon l'article 259.10 L.S.S.S.⁵⁴⁹

La *Loi sur les sages-femmes* prévoit qu'un établissement qui exploite un CLSC peut conclure avec un établissement qui exploite un centre hospitalier une entente en vue d'autoriser les sages-femmes à y «pratiquer des accouchements et à poser tous les autres actes qui peuvent être requis dans les circonstances»⁵⁵⁰. Les deux établissements ont alors l'obligation de convenir des «(...) conditions de collaboration entre, d'une part, les sages-femmes et, d'autre part, les médecins et le personnel infirmier qui exercent leur profession dans le centre hospitalier (...)»⁵⁵¹. Il est utile de préciser que cette convention entre établissements demeure facultative⁵⁵² et ne couvre que la pratique des sages-femmes rattachées aux CLSC par contrat de services.

Au cours des dix dernières années d'expérimentation, les sages-femmes ont travaillé à l'abri des nombreuses contraintes du réseau de la santé, à savoir les coupures massives, l'épuisement professionnel pour la majorité des intervenants et l'insatisfaction globale des usagers⁵⁵³. Avec l'intégration dans le système de santé périnatale et la possibilité de pratiquer des accouchements en centre hospitalier⁵⁵⁴, elles devront s'adapter à ces réalités du réseau de santé québécois et tenter d'établir une collaboration jusque-là difficile mais nécessaire avec les obstétriciens-gynécologues. L'absence de ces derniers sur les Conseils

549. *Loi sur les services de santé et les services sociaux, supra* note 6.

550. *Loi sur les sages-femmes, supra* note 5, art. 35 (ajoutant l'article 259.10, al. 1 à la L.S.S.S.S.).

551. *Ibid.*, (ajoutant l'article 259.10, al. 2 à la L.S.S.S.S.).

552. Ceci découle de l'emploi du mot «peut» à l'article 259.10.

553. Conseil d'évaluation des projets-pilotes, *supra* note 17 à la p. 4.

554. *Loi sur les sages-femmes, supra* note 5, art. 35 (ajoutant l'article 259.10 à la L.S.S.S.S.).

multidisciplinaires des projets-pilotes témoigne sans contredit des tensions interprofessionnelles dans ce domaine⁵⁵⁵.

Notons toutefois que de façon générale, les médecins préfèrent le centre hospitalier aux maisons de naissance et au domicile pour les accouchements assistés par des sages-femmes⁵⁵⁶, dans la mesure où ces dernières se conforment aux règles de soins et protocoles hospitaliers. Ces mécanismes sont perçus comme une façon de standardiser la pratique sage-femme en garantissant une homogénéité minimale en plus d'anticiper des mesures à prendre dans diverses situations. Par exemple, les règles de soins pourraient prévoir que le syntocinon soit administré dans un intervalle de temps précis pour la délivrance du placenta⁵⁵⁷. La Société des obstétriciens-gynécologues du Canada (S.O.G.C) et le Conseil d'évaluation ont recommandé que ces règles et protocoles soient établis après discussion avec l'Ordre professionnel des sages-femmes et les autorités hospitalières et régionales⁵⁵⁸. De même, le Collège des médecins préconisait le respect des règles de soins adoptées par l'établissement et ce, pour la sécurité optimale de la mère et de l'enfant⁵⁵⁹. Finalement, la *Loi sur les sages-femmes* dispose que les règles de soins adoptées par le Conseil multidisciplinaire en application de la *Loi sur la pratique des sages-femmes dans le cadre de projets-pilotes*⁵⁶⁰ continuent de recevoir application jusqu'à ce que de nouvelles règles soient élaborées par le directeur des services de sages-femmes sur recommandation du Conseil des sages-femmes⁵⁶¹. Par conséquent, seules les sages-femmes qui exercent en maison de naissance et en centre hospitalier se trouvent assujetties à ces règles. Cependant, le règlement que l'Ordre des sages-

555. Conseil d'évaluation des projets-pilotes, *supra* note 17 à la p. 36; Ministère de la Santé et des Services Sociaux, Office des professions du Québec, *supra* note 5 à la p. 4. J.-F. Lépine, *supra* note 17.

556. Journal de l'association médicale canadienne, *Sommaire de politique, soins obstétricaux*, Canadian Medical Association, 1994; Collège des médecins du Québec, *Légalisation de la pratique des sages-femmes : position du Collège des médecins du Québec*, Communiqué de presse, Montréal, 27 février 1997.

557. Équipe d'évaluation des projets-pilotes sages-femmes, *supra* note 2 à la p. 127.

558. Société des obstétriciens-gynécologues du Canada, *supra* note 27; Conseil d'évaluation des projets-pilotes, *supra* note 17 à la p. 77.

559. Collège des médecins du Québec, *supra* note 556.

560. *Supra* note 4, art. 16, al. 1(1).

561. *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 5, art. 31 (au sujet de l'article 208.2 L.S.S.S.S.), art. 32 (au sujet de l'article 225.3, al. 1(2) L.S.S.S.S.) et art. 69.

femmes doit adopter pour les accouchements à domicile⁵⁶² pourrait prévoir le respect de protocoles et de règles de soins dans ces cas également.

La formation contribuera certainement à atténuer le manque d'uniformité dans les façons d'exercer la profession. À ce titre, le Comité interministériel sur les sages-femmes avait recommandé, dès 1983, que le programme de base donne lieu à un diplôme de premier cycle universitaire⁵⁶³. Cette recommandation, reprise en 1989 dans un avis sur les sages-femmes⁵⁶⁴, n'aboutira qu'avec la légalisation définitive de la profession. C'est ainsi qu'un appel d'offres a été lancé aux universités québécoises à l'automne 1997. Diverses consultations ont conduit à la décision d'accueillir une première cohorte de seize étudiantes à l'Université du Québec à Trois-Rivières (U.Q.T.R.) pour septembre 1999⁵⁶⁵. Les futures sages-femmes suivront une formation théorique et clinique de quatre ans⁵⁶⁶, destinée à les rendre plus aptes à détecter les anomalies, pathologies et grossesses à risque pour que les vies de la mère et de l'enfant ne soient jamais compromises par un manque de formation⁵⁶⁷. Le Conseil d'évaluation a aussi recommandé une formation continue sur les éléments cliniques et la réanimation néonatale⁵⁶⁸. Les médecins contestent le choix de l'U.Q.T.R. à titre institution d'enseignement des programmes sage-femme puisqu'aucune faculté de médecine n'y est attachée et qu'aucun hôpital

562. *Ibid.*, art. 5, al. 1(2).

563. Comité interministériel sur les sages-femmes, *Les sages-femmes : proposition d'un profil professionnel et hypothèses de formation*, Québec, 1983.

564. Ministère de la Santé et des Services Sociaux, *La périnatalité au Québec, la pratique des sages-femmes*, Québec, 1989.

565. Québec, Commission des affaires sociales, *Journal des Débats*, (3 juin 1998) 15h30; Entrevue téléphonique avec une représentante de l'Unité de coordination des projets-pilotes sages-femmes, août 1998.

566. Dans l'intervalle, les sages-femmes qui avaient une reconnaissance d'aptitude à pratiquer dans les projets-pilotes, délivrée par le comité d'admission à la pratique des sages-femmes, deviennent également titulaires d'un permis d'exercice de la profession de sage-femme délivré par le Bureau de l'Ordre : voir *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 5, art. 52, al. 1.

567. Québec, Commission des affaires sociales, *Journal des Débats*, (3 juin 1998) 15h30.

568. Conseil d'évaluation des projets-pilotes, *supra* note 17 à la p. 79.

ne participe à cette formation. Tout ceci illustre bien que les collaborations médicales et hospitalières ne sont pas acquises⁵⁶⁹.

a) La sage-femme

Peu importe son lieu de pratique, la sage-femme demeure responsable des fautes causales qu'elle commet. Les principes que nous avons préalablement établis pour la sage-femme qui exerce en maison de naissance s'applique donc à la responsabilité personnelle de la sage-femme qui assiste des accouchements en centre hospitalier⁵⁷⁰.

b) Le CLSC

Tel que précédemment établi, la relation juridique entre la parturiente et le CLSC est de nature contractuelle⁵⁷¹. Incidemment, la responsabilité de cet établissement pour la faute de la sage-femme se fonde sur ce contrat mais à la condition que le CLSC ait assumé conventionnellement les soins et services sages-femmes en centre hospitalier. Le contenu obligationnel du contrat parturiente / CLSC prend ici toute sa signification puisque l'établissement ne saurait répondre pour un manquement à un devoir qu'il n'a pas assumé⁵⁷². La convention facultative CLSC / centre hospitalier⁵⁷³ permet à la sage-femme liée par convention préalable avec la parturiente d'accoucher cette dernière à l'hôpital. Ainsi, le CLSC offre tout simplement le choix à la future mère d'accoucher en centre hospitalier, sans assumer pour autant les soins et services sages-femmes⁵⁷⁴.

569. M. Coudé-Lord, «Sages-femmes : les médecins dénoncent le choix de l'U.Q.T.R.», *Journal de Montréal* (24 mars 1999) 7; M.-F. Léger, *supra* note 57.

570. Voir la sous-section 2.1.1. a) de la présente section ci-dessus.

571. Voir la sous-section 2.1.1 b) de la présente partie ci-dessus.

572. F. Tôth, *supra* note 49 à la p. 45.

573. *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 5, art. 35 (au sujet de l'article 259.10 L.S.S.S.S.)

574. Par la conclusion de l'entente facultative prévue à l'article 259.10 L.S.S.S.S., la *Loi sur les sages-femmes* vise davantage à lier et obliger les médecins. En effet, ceux-ci ne pourront refuser de donner des soins aux patientes des sages-femmes au nom de la liberté professionnelle, puisqu'ils sont en établissement.

De ce qui précède, les victimes ne pourront rechercher la responsabilité du CLSC pour une faute de la sage-femme en centre hospitalier, leur seul recours étant de poursuivre directement la sage-femme fautive : sur la base du régime contractuel⁵⁷⁵ pour les victimes immédiates et sur la base du régime extracontractuel⁵⁷⁶ pour les victimes par ricochet.

c) Le centre hospitalier

Les sages-femmes des projets-pilotes n'ont jamais pu pratiquer dans les centres hospitaliers. Rappelons que leur intégration concrète dans ce milieu s'effectue via la conclusion d'une entente entre un établissement qui exploite un CLSC et un établissement qui exploite un centre hospitalier en vue d'autoriser les sages-femmes à y pratiquer des accouchements⁵⁷⁷. Cette participation des centres hospitaliers reste facultative. Toutefois, en présence d'un tel accord, la future mère peut bénéficier de soins sages-femmes en centre hospitalier pour le périnatal. Reste à savoir si l'hôpital en répond.

Nous avons démontré d'une part qu'un contrat de soins naît de la volonté libre et éclairée de la parturiente de confier sa grossesse à une sage-femme en particulier qui en retour, accepte cette prise en charge. Dans les faits, la patiente communique avec la sage-femme pour l'informer du début du travail. Au moment propice pour l'accouchement, la sage-femme entrepreneure fait le nécessaire auprès du centre hospitalier pour y admettre la patiente en vertu de l'entente avec l'établissement qui exploite le CLSC parrain. Comme la sage-femme n'est pas assignée par le centre hospitalier, lequel ne dispose d'ailleurs d'aucun service de sages-femmes, on ne saurait étendre le contrat hospitalier à cette pratique. Ainsi, le centre hospitalier n'est pas responsable des fautes commises par la sage-femme qui agit dans le cadre d'un contrat de soins avec la future mère.

575. Art. 1458 C.c.Q.

576. Art. 1457 C.c.Q.

577. *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 5, art. 35 (ajoutant l'art. 259.10 à la L.S.S.S.); L.S.S.S., *supra* note 6, art. 108.

Mais si la convention hospitalière n'inclut pas les soins sages-femmes, que comprend-elle? D'abord, le centre hospitalier doit mettre à la disposition de la sage-femme des locaux et le matériel qui lui permettent d'exécuter sa prestation⁵⁷⁸. À ce sujet, précisons que le centre hospitalier contracte avec la parturiente l'obligation d'utiliser des produits, matériels et équipements de bonne qualité et exempts de tout vice⁵⁷⁹. L'absence de résultat constitue une faute qui engage la responsabilité personnelle de l'établissement, lequel doit veiller à la sécurité des parturientes qui utilisent les locaux du centre hospitalier. Par ailleurs, plusieurs interactions professionnelles peuvent survenir dans la pratique intra-hospitalière des sages-femmes. Que l'on pense aux soins infirmiers dispensés pendant et immédiatement après l'accouchement, aux soins médicaux ou aux examens de laboratoire, la prestation du centre hospitalier se manifeste à différents niveaux. Au soutien de cet énoncé, mentionnons que la conception du rôle de l'établissement hospitalier a graduellement évolué au cours des années et celui-ci est devenu un véritable entrepreneur de soins médicaux et hospitaliers⁵⁸⁰ qui se substitue des professionnels de la santé pour l'accomplissement de ses obligations : *qui agit per alium agit per se*. Face à la parturiente, l'hôpital demeure ainsi responsable de ces soins qui font partie de la sphère hospitalière⁵⁸¹. D'ailleurs, en vertu de la *Loi sur les sages-femmes*, les obligations du centre hospitalier comprennent le personnel médical et hospitalier pour une collaboration avec les sages-femmes⁵⁸². Ainsi, lorsqu'un médecin du centre hospitalier effectue une consultation auprès de la patiente qui y accouche sous les soins d'une sage-femme, il effectue la prestation de l'hôpital. Il en va de même de l'urgentologue ou du médecin de garde qui accouche la patiente suite à un transfert de la part de la sage-femme, puisque le centre hospitalier a précisément assumé le support et la collaboration médicale nécessaire à la

578. *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 5, art. 35 (voir article 259.10, al. 2 *L.S.S.S.S.*).

579. *Richard c. Hôtel-Dieu de Québec*, [1975] C.S. 223; *Crawford c. Centre hospitalier universitaire de Sherbrooke*, *supra* note 229; J.-L. Baudouin et P. Deslauriers, *supra* note 32 aux pp. 889-890, n^{os} 1483-1484; A. Bernardot et R.P. Kouri, *supra* note 49 aux pp. 286-287.

580. *L.S.S.S.S.*, *supra* note 6, art. 81 «La mission d'un centre hospitalier est d'offrir des services diagnostiques et des soins médicaux généraux et spécialisés» A. Bernardot et R.P. Kouri., *supra* note 49 aux pp. 269-336; P.-A. Crépeau, *supra* note 48.

581. F. Tôth, *supra* note 49 à la p. 56 : «Mais l'exclusion des soins médicaux ne vaut que pour ces soins. Le centre hospitalier pourra continuer de répondre des autres soins médicaux qu'il fournit (...)».

582. *Supra* note 5, art. 35 (ajoutant l'article 259.10, al. 2 à la *L.S.S.S.S.*).

pratique intra-hospitalière des sages-femmes⁵⁸³. Cette situation implique que la faute du médecin engage la responsabilité contractuelle du centre hospitalier face aux victimes immédiates⁵⁸⁴.

En bref, la responsabilité contractuelle de l'établissement intervient pour une faute dans les soins infirmiers, soins médicaux d'urgence⁵⁸⁵ et d'anesthésie⁵⁸⁶, service de laboratoire médical, etc.⁵⁸⁷ que l'hôpital s'est engagé à fournir mais non pour une faute commise par la sage-femme.

Telle que rédigée, la *Loi sur les sages-femmes*⁵⁸⁸ crée donc une situation extrêmement désavantageuse pour la patiente victime d'une faute sage-femme en centre hospitalier. En effet, en limitant les obligations de cet établissement à la fourniture de locaux et d'équipement ainsi qu'au support médical, la *Loi* élimine, à toutes fins pratiques, le recours contre le centre hospitalier sur la base de la responsabilité pour la faute de la sage-femme. Cette situation ajoute au fardeau de la patiente victime qui devra identifier précisément la personne fautive dans une situation évolutive avec intervenants multiples qui oeuvrent dans plusieurs établissements⁵⁸⁹. Ceci risque de provoquer des poursuites collectives complexes et inutilement dispendieuses. Quant aux victimes par ricochet, faut-il le rappeler, elles ne disposent d'aucun recours contre les établissements pour la faute de la sage-femme, étant dans l'impossibilité de faire la preuve du lien de préposition⁵⁹⁰. Par contre (et quelle contradiction!), si le médecin est fautif, elles ont la possibilité d'intenter une poursuite contre le centre hospitalier sur la base du régime extracontractuel de responsabilité. Leur

583. *Ibid.*

584. Art. 1458 *C.c.Q.*

585. *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, *supra* note 106; *Bernard c. Cloutier*, *supra* note 151.

586. *Martel c. Hôtel-Dieu St-Vallier*, *supra* note 72; *Houde c. Côté*, *supra* note 123.

587. Pour une description exhaustive des fonctions hospitalières, voir : F. Tôth, *supra* note 49 à la p. 52; F. Tôth, *supra* note 45 aux pp. 321-322.

588. *Supra* note 5.

589. *Pépin c. Hôpital du Haut-Richelieu*, [1983] C.A. 292; *Tabah c. Liberman*, *supra* note 51; *Boulet c. Léveillé*, [1990] R.R.A. 412 (C.S.).

590. Art. 1463, 2099 *C.c.Q.*

fardeau consiste toutefois à démontrer le lien de préposition du médecin, ce qui ne constitue pas une mince affaire⁵⁹¹.

Clairement, la *Loi sur les sages-femmes* vise à minimiser, voire éliminer, toute notion de responsabilité pour la faute d'autrui des établissements de santé et de services sociaux. Selon nous, il s'agit d'un faux débat car le véritable enjeu pour les victimes est de savoir si une faute a effectivement été commise. À ce titre, la responsabilité pour la faute d'autrui à l'intérieur des projets-pilotes était beaucoup plus conforme aux réalités du monde de la santé puisque le CLSC répondait des fautes des sages-femmes qui y oeuvraient et ce, peu importe la nature des différentes relations juridiques. Ultimement, les victimes obtenaient l'indemnité versée par l'assureur-responsabilité, l'A.H.Q.⁵⁹². L'analyse qui précède nous convainc donc, une fois de plus, de la nécessité d'amender la *Loi* afin que l'établissement soit tenu de répondre des conséquences pécuniaires d'une faute commise par la sage-femme dans l'exécution de sa prestation⁵⁹³.

Ci-après, nous verrons la responsabilité qui incombe aux différents intervenants, compte tenu que la future mère peut s'adresser à directement à l'établissement pour obtenir des soins et services d'une sage-femme rattachée à un CLSC.

2.2 AUCUNE ENTENTE PRÉALABLE PARTURIENTE / SAGE-FEMME

Dans une perspective comparative, nous procéderons à l'étude des règles de droit selon l'existence ou non de l'entente permettant la pratique intra-hospitalière des sages-femmes.

591. *Supra* note 466.

592. Art. 2501 *C.c.Q.*

593. Sous-section 1.1.4 de la présente partie ci-dessus.

2.2.1 Aucune entente CLSC / centre hospitalier selon l'article 259.10 L.S.S.S.S.⁵⁹⁴

En CLSC, la sage-femme procure des soins en pré, per et postnatal. L'établissement aménage une maison de naissance⁵⁹⁵, veille à la conclusion de protocoles d'entente avec les centres hospitaliers⁵⁹⁶ et prévoit les différents droits et obligations des sages-femmes qui y oeuvrent⁵⁹⁷. Que la patiente se présente au CLSC pour y recevoir des soins et services sages-femmes sans requérir une professionnelle en particulier ou qu'elle y reçoive des soins d'urgence ou autres dispensés par les professionnelles de garde, le contrat se forme exclusivement avec le CLSC. Ainsi, à l'instar des médecins qui oeuvrent au service d'urgence d'un centre hospitalier ou en CLSC, l'identification d'une faute causale entraîne l'application du régime extracontractuel de responsabilité à l'égard de la sage-femme puisque l'accord de volontés nécessaire à la formation du contrat de soins parturiente / sage-femme fait défaut⁵⁹⁸. Évidemment, lorsque la parturiente contracte directement avec une sage-femme du CLSC au cours des neuf mois de suivi, la relation devient contractuelle et les principes que nous avons exposés dans la section précédente trouvent application⁵⁹⁹.

En l'absence d'une entente préalable parturiente / sage-femme entrepreneure, le CLSC organise et gère un véritable service de sages-femmes⁶⁰⁰. Comme ses devoirs découlent d'un contrat avec la future mère, lequel comprend précisément les soins des sages-femmes qu'il introduit dans l'exécution de ses obligations, le CLSC répond des fautes commises par les sages-femmes à

594. *Loi sur les services de santé et les services sociaux, supra* note 6.

595. Les établissements responsables d'un projet-pilote en vertu de la *Loi 4* sont réputés devenir des établissements aptes à conclure des contrats de services avec les sages-femmes dans le cadre de la *Loi sur les sages-femmes* et les maisons de naissances y sont déjà aménagées. Voir : *Loi sur les sages-femmes, supra* note 5, art. 36 et 66.

596. *Ibid.*, art. 35 (ajoutant les articles 259.10 et 259.11 à la *L.S.S.S.S.*).

597. *Ibid.*, (ajoutant l'article 259.5 à la *L.S.S.S.S.*) : notamment, les contrats de services pourraient exclure les accouchements à domicile.

598. Art. 1457 *C.c.Q.*; *Martel c. Hôtel-Dieu St-Vallier, supra* note 72; *Lapointe c. Legardeur, supra* note 106; *Bernard c. Cloutier, supra* note 151; *Houde c. Côté, supra* note 123.

599. Voir la section 2.1 de la présente partie ci-dessus.

600. Par analogie, voir F. Tôth, *supra* note 49 à la p. 58.

l'intérieur de ce contrat. Cet énoncé reste vrai tant pour les sages-femmes principales que jumelles. Nettement préférable à la première situation (entente préalable parturiente / sage-femme), les victimes immédiates possèdent ici la garantie d'être indemnisées par l'A.H.Q. En effet, leur poursuite contre le CLSC se fonde sur le régime de l'article 1458 *C.c.Q.*⁶⁰¹, que ce soit pour une faute personnelle ou pour une faute de la sage-femme. Curieusement, les victimes par ricochet ne disposent toutefois d'aucun recours contre l'établissement, compte tenu de l'existence des contrats de services avec les sages-femmes et l'incapacité qui en découle d'établir le lien de préposition⁶⁰².

Quant au centre hospitalier, l'obligation qui lui est faite dans la *Loi sur les sages-femmes* est celle de conclure une entente avec le CLSC pour assurer le support médical lorsque requis de même que les mesures nécessaires en cas de consultation ou de transfert⁶⁰³. Rappelons que dans ces situations, c'est davantage le personnel hospitalier et médical qui intervient, puisque cette entente n'implique aucunement une pratique intra-hospitalière pour la sage-femme. Nous référons donc le lecteur aux commentaires préalablement formulés sur cette question en précisant que le centre hospitalier demeure responsable des fautes commises par les médecins à l'intérieur des processus de consultation et de transfert⁶⁰⁴, dans la mesure où aucune convention médicale distincte n'est intervenue avec la future mère⁶⁰⁵.

Ainsi, si un risque obstétrical se présente en cours de grossesse et que la patiente contracte avec l'obstétricien pour les soins à venir, le centre

601. Puisque les rapports juridiques ont un fondement différent, une condamnation de la sage-femme et du CLSC se traduit par l'obligation de répondre *in solidum* (solidarité imparfaite) face aux victimes immédiates, ce qui signifie que chacun est tenu pour le tout, sans que la poursuite ne bénéficie de l'interruption civile de prescription : Art. 1525-1526 *C.c.Q.* *a contrario*.

602. Art. 2099 *C.c.Q.*

603. *Supra* note 5, art. 35 (ajoutant l'article 259.11 à la *L.S.S.S.*).

604. Bien que les situations de suivi conjoint ne soient pas expressément prévues dans la *Loi sur les sages-femmes*, les futures mères peuvent requérir d'alterner leurs visites à la sage-femme et au médecin pour que ce dernier prenne en charge une portion du suivi de grossesse.

605. Voir : *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance c. Laurent*, *supra* note 262; *Hôpital général de la région de l'amiante c. Perron*, *supra* note 51; A. Bernardot et R. P. Kouri, *supra* note 49 aux pp. 261-262; P.-A. Crépeau, *supra* note 48 aux pp. 721-726; F. Tôth, *supra* note 45 aux pp. 325-326; F. Tôth, *supra* note 49 aux pp. 55-56.

hospitalier ne saurait en répondre. Toutefois, lorsque la mère consent au transfert dans un hôpital en particulier, la relation avec ce dernier est contractuelle. En l'espèce, le centre hospitalier assure le support médical⁶⁰⁶ et, comme il n'existe aucun contrat médical distinct de la convention hospitalière, il répond de la faute commise par le médecin qu'il a introduit dans l'exécution de ses obligations contractuelles⁶⁰⁷. Par contre, si la patiente est transférée d'urgence au centre hospitalier et qu'elle n'est pas en mesure de donner son accord, les relations sont extracontractuelles, engageant le régime extracontractuel de responsabilité contre le centre hospitalier et contre le médecin⁶⁰⁸.

2.2.2 Entente CLSC / centre hospitalier selon l'article 259.10 L.S.S.S.S.⁶⁰⁹

Rappelons que lorsqu'un centre hospitalier conclut avec un CLSC une entente qui autorise les sages-femmes à pratiquer des accouchements en milieu hospitalier⁶¹⁰, les deux établissements doivent convenir des conditions de collaboration entre les sages-femmes d'une part, et le personnel médical et infirmier de l'hôpital, d'autre part⁶¹¹.

Nous avons établi que la future mère peut contracter directement avec le CLSC pour bénéficier de soins sages-femmes⁶¹². Mentionnons d'emblée que le lieu où ces soins sont dispensés importe peu car le CLSC en répond, que ce soit en maison de naissance ou en centre hospitalier. En effet, c'est la prestation du CLSC que la sage-femme exécute, d'autant plus que cet établissement

606. *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 5, art. 35 (ajoutant l'article 259.11 à la L.S.S.S.S.).

607. *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, *supra* note 106, juges LeBel, Monet et Mailhot; *Bernard c. Cloutier*, *supra* note 151; A. Bernardot et R.P. Kouri, *supra* note 49 aux pp. 256, 326-327; P.-A. Crépeau, *supra* note 48 aux pp. 716-717.

608. Art. 1457, 1463 C.c.Q. (à l'encontre du centre hospitalier) qui pose l'exigence très problématique du lien de préposition du médecin par rapport à l'établissement : *supra* note 466.

609. *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, *supra* note 6.

610. *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 5, art. 35 (ajoutant l'article 259.10, al. 1 à la L.S.S.S.S.).

611. *Ibid.*, (ajoutant l'article 259.10, al. 2 à la L.S.S.S.S.).

612. Voir la sous-section 2.2.1 de la présente partie ci-dessus.

élabore et prévoit les conditions de collaboration des sages-femmes en centre hospitalier⁶¹³. La responsabilité du CLSC s'étend donc aux prestations effectuées par ces sages-femmes en centre hospitalier puisqu'il est le véritable débiteur de l'obligation de fournir les soins sages-femmes. Ainsi, la faute commise par la sage-femme engage la responsabilité contractuelle du CLSC à l'égard de la mère et du nouveau-né⁶¹⁴. Encore ici, les victimes par ricochet ne disposent d'aucun recours contre l'établissement, compte tenu de l'impossibilité de prouver le lien de préposition de la sage-femme entrepreneure⁶¹⁵. Ceci n'empêche pas les différentes victimes de poursuivre directement la sage-femme fautive, mais elles risquent de faire face à un problème de dépassement de couverture d'assurance⁶¹⁶.

Encore ici, on ne saurait étendre le contrat hospitalier à la pratique sage-femme puisque cette professionnelle n'est aucunement assignée par le centre hospitalier qui ne dispose d'ailleurs d'aucun service de sages-femmes. Le centre hospitalier n'est donc pas responsable des fautes commises par la sage-femme qui exécute une prestation du CLSC dans le cadre d'une convention particulière avec la parturiente et qui a eu précisément pour effet d'exclure ces soins du contrat hospitalier⁶¹⁷.

Par conséquent, la responsabilité du centre hospitalier intervient pour une faute dans les soins qui font partie de la sphère hospitalière⁶¹⁸, mais non

613. *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 5, art. 35 (voir l'article 259.10, al. 2 *L.S.S.S.S.*).

614. Art. 1458 *C.c.Q.*; rappelons que pour le mineur de moins de quatorze ans, le mécanisme de la stipulation pour autrui fait en sorte que le fondement de l'action contre la sage-femme se situe sur le plan contractuel, celle-ci s'étant engagée pour que les soins soient dispensés au bénéfice de l'enfant. Voir Art. 1444 *C.c.Q.*; P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *supra* note 33 à la p. 13. Le recours de l'enfant s'exerce via ses tuteurs légaux : art. 159, 192 *C.c.Q.*

615. Art. 2099 *C.c.Q.*; Voir la sous-section 2.1.1 b) de la présente partie ci-dessus.

616. Voir la sous-section 1.1.4, «Assurance-responsabilité», de la présente section ci-dessus.

617. *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance c. Laurent*, *supra* note 262; *Hôpital général de la région de l'amiante c. Perron*, *supra* note 51; A. Bernardot et R.P. Kouri, *supra* note 49 aux pp. 261-262; P.-A. Crépeau, *supra* note 48 aux pp. 721-726; F. Tôth, *supra* note 45 aux pp. 325-326; F. Tôth, *supra* note 49 aux pp. 55-56.

618. *Martel c. Hôtel-Dieu St-Vallier*, *supra* note 72; *Bernard c. Cloutier*, *supra* note 151; *Houde c. Côté*, *supra* note 123; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, *supra* note 106; Pour une description exhaustive des fonctions hospitalières, voir : F. Tôth, *supra* note 49 à la p. 52; F. Tôth, *supra* note 45 aux pp. 321-322.

pour une faute commise par la sage-femme. D'ailleurs, en vertu de la *Loi sur les sages-femmes*, les obligations du centre hospitalier comprennent le personnel médical et hospitalier pour une collaboration avec les sages-femmes⁶¹⁹. Ainsi, rappelons que le médecin du centre hospitalier qui effectue une consultation auprès de la patiente qui y accouche sous les soins d'une sage-femme, effectue en fait la prestation de l'hôpital. Il en va de même de l'urgentologue ou du médecin de garde qui accouche la patiente suite à un transfert de la part de la sage-femme puisque le centre hospitalier a précisément assumé le support et la collaboration médicale nécessaires à la pratique intra-hospitalière des sages-femmes⁶²⁰. Cette situation implique que la faute du médecin⁶²¹ engage la responsabilité contractuelle du centre hospitalier face aux victimes immédiates⁶²². Les victimes par ricochet ont la possibilité d'intenter une poursuite contre le centre hospitalier pour la faute du médecin. Elles auront toutefois le lourd fardeau de démontrer le lien de préposition du médecin⁶²³.

En défense, la preuve du centre hospitalier pour échapper à une condamnation sur la base de la responsabilité contractuelle pour la faute d'autrui, consiste donc à démontrer qu'il n'a pas assumé contractuellement les soins sages-femmes. Quant au CLSC, son exonération dépend de l'existence d'une convention parallèle entre la parturiente et la sage-femme. De plus, la preuve que la patiente a causé son propre dommage, que la faute découle des agissements d'un tiers équivalant à force majeure⁶²⁴ ou qu'une des trois conditions de la responsabilité civile fait défaut, à savoir la faute, le dommage

619. *Supra* note 5, art. 35 (ajoutant l'article 259.10, al. 2 à la *L.S.S.S.S.*).

620. *Ibid.*

621. Par exemple, la prestation fautive de l'urgentologue ou du médecin de garde au cours de l'accouchement.

622. Art. 1458 *C.c.Q.*

623. En faveur du lien de préposition du médecin : *Martel c. Hôtel-Dieu St-Vallier*, *supra* note 72; *Villemure c. Turcot*, *supra* note 123; *Houde c. Côté*, *supra* note 123; *Covet c. Jewish General Hospital*, *supra* note 171; F. Tôth, *supra* note 49 à la p. 58 et s. Contre la thèse du lien de préposition du médecin : *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance c. Laurent*, *supra* note 262; J.-L. Baudouin et P. Deslauriers, *supra* note 32 à la p. 887 et s., n^{os} 1480-1482; A. Bernardot et R.P. Kouri, *supra* note 49 à la p. 363; P.-A. Crépeau, *supra* note 48.

624. Art. 1470 *C.c.Q.*

et le lien de causalité, constituent autant de moyens dont les établissements disposent pour s'exonérer de toute responsabilité.

La *Loi sur les sages-femmes*⁶²⁵ produit des effets dévastateurs pour tous. Patientes et nouveaux-nés n'auront gain de cause contre le CLSC que dans un seul cas : la sage-femme doit être rattachée à l'établissement et ne pas agir dans le cadre d'un contrat de soins distinct. Quant à la poursuite dirigée à l'encontre du centre hospitalier pour une faute de la sage-femme lors de l'accouchement, elle est vouée à l'échec. Ce dernier ne répond que des fautes commises à l'intérieur du contrat hospitalier, lequel exclut précisément les soins sages-femmes. Enfin, les pères, frères et soeurs voient leurs chances d'obtenir une compensation financière réduites puisqu'il ne disposent d'aucun recours contre l'un ou l'autre des établissements. Bien qu'ils conservent le droit de prendre action directement contre la sage-femme, ils risquent de se heurter à un problème de dépassement de couverture d'assurance-responsabilité compte tenu des montants élevés des condamnations en obstétrique⁶²⁶.

Notre analyse révèle donc la nécessité pour la patiente victime d'identifier précisément l'auteur de la faute et sa sphère d'agissement. À défaut de démystifier le labyrinthe juridique (sage-femme principale, sage-femme jumelle, aide natale, pratique privée, soins fournis par le CLSC, centre hospitalier), la poursuite échouera contre tous. Et même en tenant pour acquis qu'elle réussisse, l'identification du «responsable» déterminera les possibilités réelles d'indemnisation.

CONCLUSION

Nous ne pouvons passer sous silence le caractère hautement politisé de l'ensemble du dossier sage-femme qui a conduit dernièrement à l'adoption de la *Loi sur les sages-femmes*. En effet, malgré une expérimentation qui soulevait des questions très préoccupantes concernant la sécurité des mères et des nouveaux-nés et qui demeurent sans réponse au moment de l'écriture de ces lignes, les sage-femmes deviennent des entrepreneures indépendantes au sein du

625. *Supra* note 5.

626. À titre d'exemple, voir les condamnations dans les affaires *Gravel c. Hôtel-Dieu d'Amos*, *supra* note 51 et *Stéfanik c. Hôtel-Dieu de Lévis*, *supra* note 81.

système de santé périnatale, avec notamment la possibilité de pratiquer des accouchements à domicile sans être rattachées à un établissement du réseau de santé. Clairement, la *Loi* répond aux revendications des professionnelles qu'elle vise et sert leurs intérêts, mais en a-t-on réellement évalué les conséquences pour les familles qui sont victimes d'une faute commise par la sage-femme?

À la lumière de notre analyse de la responsabilité dans le cadre des projets-pilotes puis, de la responsabilité qui découle de la *Loi sur les sages-femmes*, nous ne le pensons pas. En effet, il appert que les victimes d'une faute sage-femme deviennent beaucoup moins protégées par le droit dans ce dernier cas puisqu'elles se trouvent dans l'obligation de situer exactement la faute, d'identifier et de qualifier précisément la multitude de relations juridiques pour réussir dans leur recours. Or, comme nous l'avons démontré, cette nouvelle pratique de la sage-femme entrepreneure s'effectue dans divers lieux, selon des modalités qui varient et en interaction avec d'autres professionnels. «Encore ici, le patient est vulnérable. Il est la victime de la faute et devient la victime du labyrinthe juridique»⁶²⁷. La responsabilité dans le cadre des projets-pilotes nous paraissait donc beaucoup plus adéquate puisque l'établissement répondait des fautes des sages-femmes qui y oeuvraient, peu importe la nature des différentes relations juridiques. Le droit remplissait alors davantage son rôle d'indemnisation. Par ailleurs, et cela constitue un net recul sur la situation qui prévaut depuis les dix dernières années, la *Loi* élimine à peu près toute possibilité de poursuivre les établissements de santé et de services sociaux pour une faute de la sage-femme. En somme, on veut bien collaborer du moment qu'on n'est pas responsable.

Mais, les victimes dans tout ça? Les a-t-on oubliées quelque part entre les revendications professionnelles et les considérations d'ordre politique? Qui les indemniserait pour la perte de leur enfant en santé? Parce que pour elles, une faute a bel et bien été commise. Nous appréhendons fortement les effets néfastes de la *Loi sur les sages-femmes* et croyons qu'il relève de la responsabilité de l'État d'apporter les correctifs nécessaires pour la protection juridique des familles québécoises.

627. F. Tôth, *supra* note 45 à la p. 326.

Quiconque est tant soit peu familier avec le domaine de la responsabilité civile médico-hospitalière sait à quel point c'est le combat de David contre Goliath⁶²⁸. La responsabilité pour autrui est encore de nos jours une énigme non résolue. En faisant de la sage-femme une entrepreneure indépendante, on a simplement ajouté à la bouillabaisse juridique au détriment des victimes. On ne pouvait pas faire pire...

628. À ce titre voir l'excellent article de B. Breton, «David contre Goliath», *Le Soleil* (19 février 2000) A-20.

ANNEXE 1 DÉFINITION INTERNATIONALE DE LA SAGE-FEMME

Une sage-femme est une personne qui a suivi un programme de formation de sage-femme reconnu dans son pays, a réussi avec succès les études afférentes et a acquis les qualifications nécessaires pour être reconnue ou licenciée en tant que sage-femme.

Elle doit être en mesure de donner la supervision nécessaire, les soins et les conseils à la femme enceinte, au travail et en période postpartum, d'aider lors d'accouchements sous sa propre responsabilité et de prodiguer les soins aux nouveaux-nés et aux nourrissons.

Ces soins incluent des mesures préventives, le dépistage de conditions anormales chez la mère et l'enfant, le recours à l'assistance médicale en cas de besoin et l'exécution de certaines mesures d'urgence en l'absence d'un médecin.

Elle joue un rôle important en éducation sanitaire non seulement pour les femmes, mais aussi pour la famille et la communauté. Son travail doit inclure l'éducation prénatale et la préparation au rôle de parent et doit s'étendre dans certaines sphères de la gynécologie, de la planification familiale et des soins à donner à l'enfant.

Elle peut pratiquer en milieu hospitalier, en clinique, à domicile ou à tout autre endroit.

ANNEXE 2 SYNTHÈSE DU CHAMP DE PRATIQUE DES SAGES-FEMMES INSPIRÉE PAR LES PAYS MEMBRES DE LA COMMUNAUTÉ ÉCONOMIQUE EUROPÉENNE

- Conseiller et informer en matière de planification des naissances;
- Établir un diagnostic de grossesse, surveiller les femmes qui présentent une grossesse normale en effectuant les examens nécessaires à la surveillance de ces femmes;
- Prescrire ou conseiller les examens nécessaires à l'identification précoce des femmes présentant des grossesses à risques;
- Prescrire et administrer les produits autorisés par règlement;
- Dispenser un programme de préparation parentale et de préparation à l'accouchement, incluant de l'information sur les influences des habitudes de vie, du travail et de l'environnement;
- Prodiguer des soins et assister la mère pendant le travail et surveiller l'état du fœtus avec les moyens techniques et cliniques appropriés;
- Assister les accouchements spontanés, faire une épisiotomie au besoin et, en cas d'urgence, assister les accouchements de bébés se présentant par le siège;
- Reconnaître la présence d'anomalies, chez la mère ou l'enfant, qui nécessitent la référence à un médecin et assister ce dernier, au besoin; en l'absence du médecin, prendre les mesures d'urgence qui s'imposent;
- Dépister et référer au besoin à d'autres ressources professionnelles, privées ou communautaires des problèmes autres que médicaux;
- Examiner et prodiguer des soins au nouveau-né; en cas de complications, prendre les décisions qui s'imposent et, au besoin, procéder immédiatement à la réanimation du nouveau-né;

- Prodiguer des soins et surveiller l'état de la mère pendant la période postnatale, donner l'information nécessaire aux parents concernant les soins au nourrisson pour leur permettre de favoriser le développement optimal de leur enfant;
- Au besoin, dispenser des traitements prescrits par le médecin;
- Conserver, dans un système de dossier, les informations relatives aux clientes.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : FROM PRESUMPTIONS OF FACT TO PRESUMPTIONS OF CAUSATION : REFLECTIONS ON THE PERILS OF JUDGE-MADE RULES IN QUEBEC MEDICAL MALPRACTICE LAW

Auteur(s) : Robert P. KOURI

Revue : *RDUS*, 2001-2002, volume 32, numéro 1

Pages : **213-241**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12324>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12324>

Page vide laissée intentionnellement.

**FROM PRESUMPTIONS OF FACT
TO PRESUMPTIONS OF CAUSATION :
REFLECTIONS ON THE PERILS OF JUDGE-MADE
RULES IN QUEBEC MEDICAL MALPRACTICE LAW**

par Robert P. KOURI*

Certains jugements québécois rendus dans des causes de responsabilité civile médicale contiennent des affirmations sur les circonstances où la causalité se présume. Bien que la Common law admette l'élaboration de principes par induction, l'établissement de la causalité par présomption de fait en droit civil dépend essentiellement d'un raisonnement déductif. L'auteur s'interroge sur l'opportunité d'admettre en droit civil québécois, certains principes qui semblent ressortir plutôt de la jurisprudence de Common law

Several Quebec judgments rendered in cases involving medical malpractice contain pronouncements alluding to circumstances under which causation may be presumed. While the Common law is amenable to the elaboration of principles derived from a process of inductive reasoning, the Civil Code relies on deductive reasoning in order to establish causation by presumption of fact. The writer queries whether dicta apparently originating from certain Common law decisions should be received in Quebec Civil law.

*. Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. L'auteur désire remercier ses collègues Me Charlotte Lemieux et Me Nathalie Vézina qui ont lu et commenté le texte. Toutefois, les opinions exprimées sont celles de l'auteur seulement.

214 *From presumptions of fact to presumptions of causation :
reflections on the perils of judge-made rules (2001) 32 R.D.U.S.
in Quebec medical malpractice law*

TABLE OF CONTENTS

Introduction	215
1 - Medical liability and presumptions of causation of judicial origin	216
2 - The ambiguous sources of certain presumptions of causation	226
a - English and Canadian Common law sources	226
b - Quebec Civil law sources	232
3 - Presumptions of fact and causation : the hazards inherent in the indiscriminate reception of a principle from another legal system	236
Conclusion	240

Introduction

According to statistics, successfully suing a physician for malpractice in Quebec represents a somewhat daunting challenge. One writer states there are no more than four or five judgments per year in favour of plaintiffs¹. Since one of the causes of this phenomenon obviously relates to difficulties inherent in discharging the burden of proof of causation, this factor appears to have induced the courts to adopt more resilient attitudes in order to not unduly disadvantage victims of medical malpractice seeking redress. Indeed, Sopinka J., speaking of behalf of the Supreme Court in *Snell v. Farrell*², has gone so far as to assert that if he were convinced defendants having substantial connection to the injury were escaping liability because plaintiffs could not prove causation under currently applied principles, he would not hesitate to adopt a more flexible approach to the question³.

This need for flexibility has made itself felt in Quebec where the courts have, on various occasions, decided that in three different sets of circumstances, the causal relationship between fault and injury could be presumed. The first relates to proof that the patient's record has been altered or left incomplete⁴, the second involves situations where, by their wrongful acts or omissions, defendants, either voluntarily or involuntarily, have put plaintiff in the position of being unable to prove causation⁵, and the third occurs when a danger materializes following a fault which presents a clear risk for the health and security of the patient.

-
1. M. Boulanger, "Les tribunaux et la responsabilité médicale : assisterait-on à une ère moins conservatrice en matière de procédure, preuve, prescription et quantum?", in Formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en responsabilité médicale et hospitalière* (1999), (Cowansville, Qc : Yvon Blais, 1999) 137 at 151. This figure is somewhat conservative.
 2. [1990] 2 S.R.C. 311, rev'g (1988), 84 N.B.R. (2d) 401 (C.A.), aff'g (1986), 77 N.B.R. (2d) 222 (Q.B.) [hereinafter *Snell*].
 3. *Ibid.* at 326-327. See also E. Picard, G. Robertson, *Legal Liability of Doctors and Hospitals in Canada*, 3rd ed., (Scarborough, Ont. : Carswell, 1996) at 226.
 4. *Houde v. Côté*, [1987] R.J.Q. 723 (C.A.) aff'g [1982] C.S. 902 [hereinafter *Houde*].
 5. *Gburek v. Cohen*, [1988] R.J.Q. 2424 (C.A.) [hereinafter *Gburek*].

For reasons which will appear evident in the discussion that follows, it would be appropriate to dispose immediately of the first two instances, namely the hypothesis of the modified or incomplete medical record and that dealing with increased difficulty of proving causation due to the fault of defendant. The third situation - fault presenting a clear danger- although giving rise to a similar predicament, will be dealt with subsequently and will form the crux of this article due to the more fundamental issue which it raises.

1 - Medical liability and presumptions of causation of judicial origin

Starting with the hypothesis of an altered or incomplete medical record, this issue was raised in *Houde v. Côté*⁶ involving the liability of an anaesthetist and a hospital for damages resulting from paralysis of the lower limbs of a patient following an epidural. One point in contention was whether the physician had inadequately monitored the patient's blood pressure during the intervention. In his concurring opinion condemning the physician, Beauregard J. of the Court of Appeal wrote :

Or je n'ai pas la preuve de signes cliniques établissant si cette pression était simplement basse ou trop basse. La raison pour laquelle je n'ai pas ces signes cliniques, c'est que le défendeur Houde n'a pas tenu correctement son dossier.

La question est donc la suivante : lorsque le patient ne peut pas faire la preuve de la cause d'un dommage et, cela, par l'omission du médecin de lui faire un rapport complet de l'intervention, y a-t-il une présomption contre le médecin?

Il me semble que oui.⁷

6. *Supra* note 4.

7. *Ibid.* at 729.

Beauregard J. further added :

Mais, au départ, à cause de son obligation de rendre compte, c'est au médecin qu'incombe le fardeau de prouver d'une façon précise tout ce qui s'est produit au cours de l'anesthésie. Autrement, le recours du patient serait illusoire et la défense du médecin trop simple.⁸

It should be noted that Mr. Justice Beauregard felt that the trier of fact had not erred when he concluded that there were sufficient elements of proof to allow him to rule in favour of plaintiff, even though the primary cause of the paralysis was not as obvious to him as it was to the trial judge⁹. Viewed in context, it would appear evident that the above statements concerning presumptions of causation in cases where the patient's record is incomplete were *obiter*. More importantly, the other two justices sitting in appeal (Monet, Chouinard JJ.) did not voice any opinion regarding Justice Beauregard's *dicta* on presumed causation. From a more practical point of view and in a stricter sense, if one *were* to adopt Mr. Justice Beauregard's thesis on the presumption of causation under these circumstances, this could only occur if the falsified or incomplete entry in the medical record was instrumental in preventing plaintiff from proving causation. Any inaccuracy in recording information otherwise unrelated to issues of fault and causation in a suit would obviously render any such presumption irrelevant.

The second hypothesis relating to the difficulty of proving causation due to acts or omissions of defendant was evoked in a second case before the Court of Appeal, *Gburek v. Cohen*¹⁰, which involved the treatment of a patient requiring the administration of a strong antibiotic having the potential of adversely affecting renal function and hearing. During treatment, the physician failed to order renal function tests and audiograms in order to monitor the effects of the drug, with the result that the patient lost a significant portion of his hearing. Due to the fact that the physician had not prescribed the requisite controls, plaintiff was placed in the position of being unable to prove that the

8. *Ibid.* at 730.

9. *Ibid.* at 728.

10. *Supra* note 5.

physician's fault had indeed caused his deafness. According to Mr. Justice Beauregard :

À mon avis, même si généralement on caractérise l'obligation générale du médecin comme une obligation de moyens, lorsque le médecin, en plus de donner des soins fautifs, empêche son patient d'être en mesure de prouver la relation causale entre les soins fautifs et un préjudice qui a pu être causé par ses soins fautifs, il incombe au médecin de prouver l'absence de lien de causalité.¹¹

On this occasion as well, the other two Justices (Mailhot, Chouinard JJ) decided the case in plaintiff's favour, without adopting Beauregard J.'s contention that the burden of proof should be reversed¹².

At first blush, it would seem eminently fair to state that a theory or opinion advanced by the same judge in two cases, especially when his opinion has not been supported by the other two members of the panel, cannot be considered as forming jurisprudence¹³, particularly when the consequences of any reversal of the burden of proof could have a significant effect on the outcome of a trial. Although Mr. Justice Beauregard cited no authority for this reversal of burden, it would appear to reflect an inchoate principle of fundamental justice expressed in the moral and unwritten precept that no one should profit from his or her bad faith or wrongdoing¹⁴. Yet, one must not lose

11. *Ibid.* at 2447.

12. Indeed, Mr. Justice Chouinard had recourse to presumptions of fact in order to decide that the deafness would not have occurred had there been no fault of defendant in failing to order the necessary tests, *ibid.* at 2429.

13. This point was raised by Madam Justice Deschamps, writing on behalf of the Court of Appeal panel in *Zanchettin v. De Montigny*, [2000] R.R.A. 298 at para. 87, aff'g [1995] R.R.A. 87 (Qc. Sup. Ct.) [hereinafter *Zanchettin*]. She also noted that the opinion of Beauregard J. in *Gburek*, *supra* note 5 and *Houde* *supra* note 4, were decided prior to the Supreme Court decision in *Laferrière v. Lawson*, [1991] 1 S.C.R. 541, rev'g [1989] R.J.Q. 27, 49 C.C.L.T. 309 (C.A.) [hereinafter *Lawson*].

14. *Gauthier v. Beaumont*, [1998] 2 S.C.R. 3 at para. 65, rev'g [1996] R.D.J. 126, [1995] A.Q. No. 762 (C.A.Q.), online : QL (A.Q.), aff'g J.E. 90-875 (Qc. Sup. Ct.). Interestingly enough, the Supreme Court in *Joseph Brant Memorial Hospital v. Koziol*, [1978] 1 S.C.R. 491, refused to confirm the Ontario Court of Appeal which had reversed the onus of proof on the defendant hospital because a nurse had omitted to record the Patient's vital signs just prior

sight of the fact that at most, the rule proposed by Mr. Justice Beauregard does not constitute a *fin de non-recevoir*¹⁵ or a rule of substantive law but rather a rebuttable presumption relating to adjective law, more particularly the law of evidence¹⁶. These observations notwithstanding, there are additional reasons to question the acceptance of this presumption in Quebec law. In light of two more recent cases decided by the Quebec Court of Appeal, namely *St-Jean v. Mercier*¹⁷ and *Zanchettin v. De Montigny*¹⁸, it would seem fair to state that attempts to introduce judge-made presumptions of causation as a means of facilitating proof are encountering firm resistance. Yet, at the outset, it would be premature to affirm that these cases constitute a full-blown *revirement jurisprudentiel* since, as will be pointed out, the fact-situations in each did not, in the opinion of the Court of Appeal, readily lend themselves to evoking certain presumptions.

to his death. And yet, Picard and Robertson, *supra* note 3 at 221 feel that this position has been somewhat attenuated by the Supreme Court in *Hollis v. Dow Corning Corp.* (1995), 27 C.C.L.T. (2d) 1 at 41, [1995] 4 S.C.R. 634 [hereinafter *Hollis* cited to C.C.L.T.], aff'g (1991), 81 B.C.L.R. (2d) 1, 103 D.L.R. (4th) 520, [1993] 6 W.L.R. 609, (1993), 16 C.C.L.T. (2d), 140 (C.A.) in that when a victim's power of proof has been "seriously undermined" due to defendant's fault, the onus of proof of causation should not be as onerous as to prove how, hypothetically, a physician would react.

15. One must avoid the temptation of using the expression "estoppel" to translate "*fin de non-recevoir*" into English. As Mr. Justice Mignault stated in *Grace and Company v. Perras* (1921), 62 S.C.R. 166 at 172 : "[The] doctrine of estoppel as it exists in England and the common law provinces of the Dominion is no part of the law of the Province of Quebec. This, however, does not mean that in many cases where a person is held to be estopped in England, he would not be held liable in the Province of Quebec. [...] May I merely add, with all due deference, that the use of such a word as 'estoppel', coming as it does from another system of law, should be avoided in Quebec cases as possibly involving the recognition of a doctrine which, as it exists to-day, is not a part of the law administered in the Province of Quebec." See also L. Baudouin, "Conflits nés de la coexistence juridique au Canada" (1956), 3 McGill L.J. 51 at 57-58.

16. Indeed, poorly kept case notes could call into question the credibility of a defendant physician's recollection of events rather than provoke a reversal of burden of proof, see *Tremblay v. Maalouf*, [2000] J.Q. No. 2370 at para. 78 (Qc. Sup. Ct.) online : QL (JQ).

17. [1999] R.J.Q. 1658 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. granted [2000] 1 S.R.C. xx [hereinafter *St-Jean*].

18. [2000] R.R.A. 298 (Qc. C.A.), aff'g [1995] R.R.A. 87 (Qc. Sup. Ct.).

For instance in *St-Jean*¹⁹, plaintiff was struck by a car while hitchhiking along a major highway. Transported by ambulance to a local hospital, he was initially treated in the emergency department by Dr. Couture, who noted compound fractures in both legs, head-wounds and abrasions on his abdomen. Although X-rays of the back showed no abnormalities, Dr Couture noted that he suspected a fracture of vertebrae D7 and mentioned in the record that the patient complained of back-pain. Dr Mercier, an orthopedist summoned to treat the patient, reduced the leg-fractures under general anaesthesia. A second intervention was performed three days later on the right leg. Meanwhile, since the patient was still experiencing back-pain, Dr Mercier suspected sciatic nerve injury. When the patient was subsequently seen by Dr Mercier on an out-patient basis, signs of spastic paraplegia were noted. Further investigation revealed that there were fractures to the D8 and D9 vertebrae with medullary compression thus occasioning permanent paraparesis. Following his accident, St-Jean applied to the Quebec Automobile Insurance Board for compensation but his request was refused since the Board felt that there was no direct causal link between the paraparesis and the automobile accident. Action was initiated against Drs Couture and Mercier as well as against the hospital. Eventually, the suit against the hospital was settled out of court. As for the remaining defendants, while in fact the Superior Court found no fault on the part of defendant physicians, it indicated that in any case, plaintiff failed to discharge his burden of proving a causal link between his paralysis and the alleged fault of the physicians. The Court of Appeal confirmed the decision of the Superior Court but for different reasons regarding Dr Mercier. Unlike the trier of fact, the Court of Appeal held that Dr Mercier had indeed committed several faults²⁰ but these faults were held not to have caused the injury suffered. Although plaintiff argued that the burden of proof should be reversed since Dr Mercier's failure to order further x-rays and neurological examinations placed the victim in a situation where he was deprived of the information necessary to determine whether he had been properly treated and thus lacked the means of proving a causal relationship between the negligent omissions and the prejudice they had caused, the Court held that the traditional rules of causation should not be set aside :

19. *Supra* note 17.

20. *Ibid.* at 1662, 1665.

Il ne suffit pas de démontrer qu'un défendeur a créé un risque de préjudice et que le préjudice survienne dans l'aire du risque pour imposer à ce défendeur le fardeau de réfuter l'existence du lien de causalité.²¹

In this case, the Court found that the spinal cord injury had likely occurred the night of the accident and not as the result of any subsequent negligence on the part of Dr Mercier.

The second decision, *Zanchettin v. De Montigny*²², involved the near-drowning of a 20 month-old child. The child's parents discovered him floating face down in a pond behind their house at about 7 :45 a.m. It would appear that the child had been in the water for approximately five to seven minutes. After being pulled from the pond, the child was placed on the kitchen table and cardiopulmonary resuscitation was attempted. Although an ambulance was summoned, it was decided to save time by taking the child by car to the residence of Dr De Montigny, located 7.3 km from their home. Dr De Montigny did not attempt to resuscitate the child, but instead declared him deceased in light of the clinical signs he observed during his brief examination. He directed the parents to proceed to the emergency department of Ste-Croix Hospital in Drummondville. Upon arrival at the hospital, the emergency room team undertook advanced resuscitative measures and at 8:47 a.m., cardiac activity was noted. The child managed to survive but suffered permanent and severe neurological damage.

Although suit was brought against Dr De Montigny, the Ste-Croix Hospital and its emergency-room physician, Dr Lemay, it was eventually abandoned against the latter two defendants. Plaintiff argued that the remaining defendant, Dr De Montigny, failed to recognize that the child could have been suffering from hypothermia and that he should have initiated cardiopulmonary

21. *Ibid.* at 1666. Citing *Lawson*, *supra* note 13, more particularly at 608, and *Morin v. Blais*, [1977] 1 R.C.S. 570 at 580, (1975), 10 N.R. 489 [hereinafter *Morin* cited to S.C.R.] the Court stated it could only presume causation "[...] s'il estime que la faute comportant un danger et que ce danger s'est manifesté [...] sous réserve d'une démonstration ou d'une forte indication contraire" at 1666.

22. *Supra* note 13.

resuscitation. However, the Superior Court held that Dr De Montigny's refusal to undertake active treatment was a reasonable exercise of his professional judgment and no fault was proven.

Before the Court of Appeal it was again strongly suggested by plaintiff-appellant that the child was in a state of hypothermia and that had resuscitative measures been performed by Dr De Montigny, he would probably not have suffered permanent harm. In addition, appellant felt that the failure to attempt reanimation deprived him of the possibility of proving that the child's present condition resulted from the physician's fault.

Madam Justice Deschamps, speaking on behalf of the Court of Appeal, felt that since the trier of fact's analysis of the evidence was not beyond reproach, a full review of the evidence adduced was necessary. Although in an admission, Dr De Montigny acknowledged that although normally in cases of drowning involving a child, a general practitioner should automatically attempt to resuscitate, in the present circumstances, his own failure to act would not have changed the outcome since when he saw the child, the massive neurological and irreversible sequelae had already been suffered.

An exhaustive review of the evidence failed to convince the Court of Appeal that the child was in a state of protective hypothermia since he had not been immersed in freezing water. Also, because cardiopulmonary resuscitation was not initiated immediately upon the onset of pulselessness, the chances of providing adequate circulation to the brain would at best have been minimal. Consequently, there was no proof that Dr De Montigny's intervention would have changed the course of events.

Appellant's claim that he be entitled to benefit from presumptions of causation was rejected out of hand, the Court of Appeal preferring to reaffirm that causation should be established according to a preponderance of probabilities in light of the factual, statistical or presumptive evidence²³. In the present case, the scientific evidence failed to support appellant's contentions.

23. According to *Lawson*, *supra* note 13 at 608.

The third situation in which a presumption of causation has been judicially created is one proposed by the Supreme Court in *Lawson v. Laferrière*²⁴, involving a woman whose diagnosis of breast cancer had not been revealed to her by her physician. She sued claiming that had she known the truth, she would have sought out more aggressive treatment for her disease, and that by failing to inform her of the nature of her condition, she was deprived of the opportunity of optimizing her chances of remission. In fact, plaintiff died during the suit and her action was continued by her testamentary executrix. Defendant physician argued that no matter whether he failed to inform her or not, the odds were strongly against her surviving the illness, and thus his alleged fault did not cause her death. Mr. Justice Gonthier, speaking on behalf of the Court, expressed the view that “[in] some cases, where a fault presents a clear danger and where such a danger materializes, it may be reasonable to presume a causal link, unless there is a demonstration or indication to the contrary”.²⁵

Several Quebec cases subsequently followed this lead and were decided on the basis of the presumption created by *Lawson*. *Stéfanik v. Hôpital Hôtel-Dieu de Lévis*²⁶ is a case in point involving the failure to diagnose the state of distress and the need to be delivered without delay of the surviving foetus of a jumellary pregnancy. As a result of this error, the child in question was born severely handicapped and eventually died at the age of seven after a life of great suffering. The evidence established that two physicians had committed a fault of omission in failing to recognize that a foetal development problem had arisen during the pregnancy. Citing *Lawson*, Mr. Justice Morin of the Superior Court asserted that :

[d]ans de telles circonstances, il est raisonnable de présumer du lien de causalité entre la faute et les dommages, pour reprendre les termes utilisés par le juge Gonthier. Or, une telle présomption entraîne un renversement du fardeau de la preuve quant au lien de causalité.²⁷

24. *Ibid.*

25. *Ibid.* at 609.

26. [1997] R.J.Q. 1332; [1997] R.R.A. 566 (summary), J.E. 97-820 (Sup. Ct.), [hereinafter *Stéfanik* cited to R.J.Q].

27. *Ibid.* at 1354.

Morin J. appears also to have adopted Mr. Justice Beauregard's opinion as expressed in *Gburek*²⁸ :

Il est bon de rappeler que c'est une faute d'omission, dans leur processus diagnostique, qui est reprochée aux défendeurs. Si ces derniers avaient effectué les tests suggérés par les demandeurs et si ces tests n'avaient rien indiqué permettant de justifier un accouchement prématuré, ils pourraient alors invoquer la cause inconnue pour justifier leurs agissements. En l'absence de tels tests, ils ne peuvent invoquer ce moyen de défense qui reviendrait à placer les demandeurs dans une situation impossible, soit celle de tenter de prouver que les événements ne sont pas dus à une cause inconnue.²⁹

The same year (1997), in *Prat v. Poulin*³⁰, involving the suit of a patient who had suffered a thromboembolism causing partial paralysis and aphasia following surgery for a bowel obstruction, the question of causation played a pivotal role. At the time of her surgery, the patient, who was a smoker, was taking anovulants. Despite government reports warning of the potential danger of performing elective surgery on a patient using such medication, the surgeon did not advise her to use alternate means of contraception. A fundamental issue that had to be resolved was whether her paralysis was caused by the use of anovulants or whether it was the result of a purely fortuitous event. Mr. Justice Beauregard, writing on behalf of the panel of the Court of Appeal raised a presumption of causation against the surgeon :

À mon humble avis, devant le fait que la thrombose cérébrale a pu être causée par l'effet des anovulants et de la chirurgie et que l'appelant a commis une faute en ne recommandant pas à l'intimée d'arrêter de prendre des anovulants avant la chirurgie, le fardeau incombe à l'appelant de démontrer l'absence de la relation entre la prise

28. *Supra* note 5.

29. *Stéfanik*, *supra* note 26 at 1354.

30. [1997] R.J.Q. 2669 (C.A.), on appeal from [1995] R.J.Q. 2923, [1995] R.R.A. 1160 (Sup. Ct.) [hereinafter *Prat*].

d'anovulants, la chirurgie et la thrombose cérébrale. Voir *Laferrière c. Lawson* [...].³¹

More recently, the Superior Court in *Mainville v. Cité de la Santé de Laval*³² followed the lead of the Court of Appeal in *Prat*³³ and applied the presumption advanced in *Lawson*³⁴. Plaintiff Mainville was diagnosed as suffering from a ruptured spleen. Upon admission to the Cité de la Santé de Laval hospital, a Foley catheter was installed. Following surgery, the treating physician ordered that the Foley catheter be removed. This was attempted by a student nurse acting under the supervision of a qualified nurse acting as her preceptor. Encountering some difficulty and because of the the pain experienced by the patient, the student asked her preceptor to help. The latter withdrew the catheter without difficulty. However, plaintiff was left with a stenosis of the ureter which required further hospitalization and treatment.

The Court found that the student nurse had committed a fault in attempting to withdraw the catheter while the bulb holding it in place had not been properly deflated. Once the evidence revealed that the stenosis could have been caused by the catheter and that a fault had been committed in the course of its removal, the burden of proving absence of causation devolved to the hospital³⁵, which would have had to prove that the nursing student had indeed acted according to the standards of practice and that external factors explained how the injury occurred³⁶. In the present case, the hospital failed to overcome this onus.

31. *Ibid.* at 2693.

32. [1998] R.J.Q. 2082, [1998] R.R.A. 865 (summary) (C.S.) [hereinafter *Mainville*].

33. *Supra* note 30.

34. *Supra* note 13.

35. *Mainville*, *supra* note 32 at 2099.

36. *Ibid.* at 2099-2100. In the case of *Bérubé v. Cloutier*, [2000] R.R.A. 484 (Qc. Sup. Ct.), involving a patient who suffered the consequences of toxic shock syndrome following a breast reduction, the Superior Court felt that she was entitled to benefit from a presumption of causation against defendants according to *Lawson* but that defendants had overcome this burden of proof.

As one may see, unlike the other presumptions alluded to above, this particular presumption of causation has certainly taken root in Quebec liability law. Because of the important consequences for the parties involved, it would be interesting, at this point, to attempt to retrace its obscure origins before discussing the validity of this type of approach.

2 - The ambiguous sources of certain presumptions of causation

It would appear that common law jurisprudence of both English and Canadian origin has influenced certain decisions rendered under Quebec law. After examining these common law sources, we will review those of the civil law in order to verify the accuracy of this initial impression.

a - English and Canadian Common law sources

As one may discover from a perusal of the case-law, the first modern application of presumed causation occurs in the English Court of Appeal decision of *Vyner v. Waldenberg Brothers Ltd.*,³⁷ where a worker had part of his thumb cut off by a circular saw which he was utilizing in the course of his duties. Contrary to regulation, the safety guard had not been properly adjusted. In finding for plaintiff, the Court advanced the proposition that, “[if] there is a definite breach of a safety provision imposed on the occupier of a factory, and a workman is injured in a way which could result from the breach, the onus of proof shifts on to the employer to show that the breach was not the cause”.³⁸

The subsequent case of *Bonnington Castings Ltd. v. Wardlaw*³⁹ involved a claim in damages resulting from an employee, Wardlaw, contracting the

37. [1946] K.B. 50; [1945] 2 All E.R. 547 (C.A.) [hereinafter *Vyner* cited to K.B.].

38. *Ibid.* at 55, per Scott, L.J. Speaking for the Court, Scott L.J. relied on Lord Goddard’s opinion in *Lee v. Nursery Furnishings Ltd.*, [1945] 1 All E.R. 387 at 390 (U.K. C.A.) : “In the first place I think one may say this, that where you find there has been a breach of one of these safety regulations and where you find that the accident complained of is the very class of accident that the regulations are designed to prevent, a court should certainly not be astute to find that the breach of the regulation was not connected with the accident, was not the cause of the accident”.

39. [1956] A.C. 613 (H.L.) [hereinafter *Bonnington Castings Ltd.*].

disease of pneumoconiosis while working in a foundry operated by Bonnington Castings. Pneumoconiosis is caused by inhaling air containing minute particles of silica. During his employment over a period of eight years, Wardlaw was exposed to exceedingly fine particles of silica produced by machinery including pneumatic hammers and swing grinders used in the smoothing or dressing of the castings. It was admitted that while there were no means of collecting or neutralizing the dust from the hammers, the dust generated by the swing grinders escaped into the air of the workshop because the dust-extracting vents for these grinders had not been kept free from obstruction. Bonnington Castings admitted it was in breach of regulations by failing to properly maintain the swing grinders but argued that the pursuer failed to prove that the dust from these grinders actually caused his disease. Overruling *Vyner*⁴⁰ on the issue of the onus of proof of causation, the House of Lords preferred to reaffirm the orthodoxy of ordinary standards concerning the evidentiary burden. According to Lord Reid :

It would seem obvious in principle that a pursuer or plaintiff must prove not only negligence or breach of duty but also that such fault caused or materially contributed to his injury. [...] I can find neither reason nor authority for the rule being different where there is breach of statutory duty. The fact that Parliament imposes a duty for the protection of employees has been held to entitle an employee to sue if he is injured as a result of a breach of that duty, but it would be going a great deal farther to hold that it can be inferred from the enactment of a duty that Parliament intended that any employee suffering injury can sue his employer merely because there was a breach of duty and it is shown to be possible that his injury may have been caused by it. In my judgment, the employee must in all cases prove his case by the ordinary standard of proof in civil actions : he must make it appear at least that on a balance of probabilities the breach of duty caused or materially contributed to his injury.⁴¹

Lord Reid found that the disease had indeed been caused by the cumulative effect of inhaling silica particles from non-culpable (the pneumatic hammers) and culpable sources (the swing grinders), both of which materially

40. *Supra* note 37.

41. *Bonnington Castings Ltd.*, *supra* note 39 at 620.

contributed to the disease. In order to be causative, according to him, the contribution must have been more than negligible.

The notion of material contribution, as set out in *Bonnington Castings Ltd.*⁴², was applied in *McGhee v. National Coal Board*⁴³ involving a worker employed to clean out brick kilns, who had contracted dermatitis, an irritation of the skin. Plaintiff invoked two grounds of fault, firstly that the kilns should have been allowed to cool sufficiently before he was sent to remove the bricks from them, and secondly, that his employer failed to provide adequate washing facilities to enable workers to remove the dust and grime from their persons. As a result, McGhee was obliged to bicycle home at the end of each working day covered with brick dust which increased the possibility that dermatitis would occur. While the first contention failed, the second was viewed more favourably. In the words of Lord Reid :

It has always been the law that a pursuer succeeds if he can shew that fault of the defender caused or materially contributed to his injury. There may have been two separate causes but it is enough if one of the causes arose from fault of the defender. The pursuer does not have to prove that this cause would of itself have been enough to cause him injury.⁴⁴

For his part, Lord Wilberforce resolved the question of proving causation in the following terms :

But the question remains whether a pursuer must necessarily fail if, after he has shown a breach of duty, involving an increase of risk of disease, he cannot positively prove that this increase of risk caused or materially contributed to the disease while his employers cannot positively prove the contrary. In this intermediate case there is an appearance of logic in the view that the pursuer, on whom the onus lies, should fail - a logic which dictated the judgments below. The question is whether we should be satisfied in factual situations like the

42. *Ibid.*

43. [1972] 3 All E.R. 1008 (H.L.) [hereinafter *McGhee*].

44. *Ibid.* at 1010.

present, with this logical approach. In my opinion, there are further considerations of importance. *First, it is a sound principle that where a person has, by breach of duty of care, created a risk, and injury occurs within the area of that risk, the loss should be borne by him unless he shows that it had some other cause.* Secondly, from the evidential point of view, one may ask, why should a man who is able to show that his employer should have taken certain precautions, because without them there is a risk, or an added risk, of injury or disease, and who in fact sustains exactly that injury or disease, have to assume the burden of proving more : namely, that it was the addition to the risk, caused by the breach of duty, which caused or materially contributed to the injury? In many cases of which the present is typical, this is impossible to prove, just because honest medical opinion cannot segregate the causes of an illness between compound causes. And if one asks which of the parties, the workman or the employers should suffer from this inherent evidential difficulty, the answer as a matter of policy or justice should be that it is the creator of the risk who, *ex hypothesi*, must be taken to have foreseen the possibility of damage, who should bear its consequences.⁴⁵

This apparent reliance in *McGhee*, upon the *ratio* of *Bonnington Castings Ltd.*⁴⁶ is not beyond reproach since, as one writer, Jane Stapleton, points out, *Bonnington Castings Ltd.* involved injury (an accumulation of silica in the lungs), resulting from *cumulative* contributions from both culpable and innocent sources, whereas in *McGhee*, the dermatitis had *multiple* possible sources, an innocent cause and a culpable cause⁴⁷. In the latter case, there was no proof that the injury was actually “triggered” by the lack of washing facilities.⁴⁸ Although Stapleton’s critique of *McGhee* appears to have been accepted by the House of Lords in *Wilsher v. Essex Area Health Authority*⁴⁹, the Lords admitted that there would be nothing irrational in drawing certain

45. *Ibid.* at 1012 [emphasis added].

46. *Supra* note 39.

47. J. Stapleton, “Law, Causation and Common Sense” (1988) 8 Oxford Journal of Legal Studies 111 at 127.

48. *Ibid.* See Lord Reid’s speech, *McGhee*, *supra* note 43 at 1010.

49. [1988] 2 W.L.R. 557 at 567 (H.L.) Lord Bridge of Harwich, rev’g [1987] Q.B. 730, [1987] 2 W.L.R. 425, [1986] 3 All E.R. 801 (U.K. C.A.) [hereinafter *Wilsher*].

inferences as a matter of common sense. The inference in question related to the fact that the consecutive periods during which brick dust remained on McGhee's person probably contributed to causing the dermatitis.

In *Wilsher*, the issue was whether the retrolental fibroplasia suffered by a prematurely born infant had in fact been caused by the excessive administration of oxygen since there was conflicting expert evidence whether an error of this type had caused or materially contributed to the blindness of the child. The Court of Appeal decision was reversed in the House of Lords and a new trial ordered since the lower decisions were rendered on the basis of a reversal of the burden of proof according to *McGhee*. With the approval of the other Law Lords, Lord Bridge stated that *McGhee* had laid down no new principle of law whatsoever and merely reaffirmed that the onus of proving causation rested upon the plaintiff :

Adopting a robust and pragmatic approach to the undisputed primary facts of the case, the majority concluded that it was a legitimate inference of fact that the defender's negligence had materially contributed to the pursuer's injury. The decision, in my opinion, is of no greater significance than that and to attempt to extract from it some esoteric principle which in some way modifies, as a matter of law, the nature of the burden of proof of causation which a plaintiff or pursuer must discharge once he has established a relevant breach of duty is a fruitless one.⁵⁰

In cases involving appeals from provincial Common law jurisdictions before the Supreme Court of Canada, inferences of causation were discussed in

50. *Ibid.* at 569. Lord Bridge also pointed out, at 571, "We should do society nothing but disservice if we made the forensic process still more unpredictable and hazardous by distorting the law to accommodate the exigencies of what may seem hard cases." Commenting *Wilsher* in his article "Risk Exposure as Injury : Alleviating the Injustice of Tort Causation Rules", (1990) 35 McGill L. J. 797 at 828, D. Gerecke writes, "One can easily understand Lord Bridge's aversion to the common interpretations of *McGhee*. Lord Wilberforce's approach represents precisely the sort of falsification of causation requirements which risk-based probability is intended to replace. To shift the burden to the defendant is simply to decide for the plaintiff, for the defendant has no greater knowledge."

light of English case-law. The issue, in *Snell v. Farrell*⁵¹ arising from the loss of sight in one eye following cataract surgery, was whether the fault of the surgeon while injecting a local anaesthetic had caused optic nerve atrophy. Speaking in the name of the Court which rendered judgment in favour of plaintiff, Sopinka, J. reviewed the pertinent principles concerning proof of causation. Approving *Wilsher*'s interpretation of *McGhee* by the House of Lords, the Court felt that the traditional rules should be followed in determining causation :

I have examined the alternatives arising out of the *McGhee* case. They were that the plaintiff simply prove that the defendant created a risk that the injury which occurred would occur. Or, what amounts to the same thing, that the defendant has the burden of disproving causation. If I were convinced that defendants who have a substantial connection to the injury were escaping liability because plaintiffs cannot prove causation under currently applied principles, I would not hesitate to adopt one of these alternatives. In my opinion, however, properly applied, the principles relating to causation are adequate to the task. Adoption of either of the proposed alternatives would have the effect of compensating plaintiffs where a substantial connexion between the injury and the defendant's conduct is absent. Reversing the burden of proof may be justified where two defendants negligently fire in the direction of the plaintiff and then by their tortious conduct destroy the means of proof at his disposal. In such a case it is clear that the injury was not caused by neutral conduct. It is quite a different matter to compensate a plaintiff by reversing the burden of proof for an injury that may very well be due to factors unconnected to the defendant and not the fault of anyone.⁵²

The *Snell* decision was followed in *Athey v. Leonati*⁵³ where one of the questions raised was whether the medical problem suffered by the plaintiff was caused by injuries sustained in previous accidents or whether it was ultimately

51. *Supra* note 2.

52. *Ibid.* at 326-327. In fact, the Quebec Court of Appeal in *St-Jean*, *supra* note 17 at 1666 stated that as a result of the Supreme Court decisions in *Lawson* and *Snell*, the influence of *McGhee* on Quebec law has been greatly attenuated.

53. [1996] 3 S.C.R. 458, rev'g [1995] B.C.J. No. 666 (B.C.C.A.), online : QL (BCJ), aff'g (1994), 44 A.C.W.S. (3d) 908 (Sup. Ct. B.C.).

attributable to a pre-existing condition. In that case, plaintiff, who had a history of back problems and who had been subsequently injured in two road accidents, suffered a herniated disc while taking part in a medically-authorized exercise program. While reaffirming the principle that in order to succeed plaintiff must prove causation on a balance of probabilities, the causation test was not to be applied too rigidly. According to Major J., speaking on behalf of the Court, “[...] in some circumstances an inference of causation may be drawn from the evidence without positive scientific proof.”⁵⁴ In the present case, it was reasonable to infer a causal connection between the road accidents, both of which caused serious back injuries, and the herniated disc resulting from mild exercise.

b - Quebec Civil law sources

On occasion, the Supreme Court of Canada has inferred causation in cases originating in Quebec. For instance, in *Montreal Tramways Co. v. Léveillé*⁵⁵ it had concluded that as a presumption of fact under article 1242 *Civil Code of Lower Canada* [hereinafter C.C.L.C] (article 2849 *Civil Code of Quebec* [hereinafter C.C.Q.]), the deformity of a new-born child’s feet was caused by her mother’s fall from a tramway car during pregnancy. According to Lamont J.,

That such a fault caused the deformity of the child cannot, from the nature of things, be established by direct evidence. It may, however, be established by a presumption or inference drawn from facts proved to the satisfaction of the jury. These facts must be consistent one with the other and must furnish data from which the presumption can be reasonably drawn. It is not sufficient that the evidence affords material for a conjecture that the child’s deformity may have been due to the consequences of the mother’s accident. It must go further and be sufficient to justify a reasonable man in concluding, not as a mere guess or conjecture, but as a deduction from the evidence, that there

54. *Ibid.* at 467 .

55. [1933] S.C.R. 456; [1933] 4 D.L.R. 337 [hereinafter *Léveillé* cited to S.C.R.].

is a reasonable probability that the deformity was due to such accident.⁵⁶

The more recent case of *Laferrière*⁵⁷, the facts of which are described above, provided an opportunity for the Supreme Court, not only to deal with the notion of “loss of chance” but also to clarify the rules concerning proof of causation. Rejecting the possibility of claiming for a loss of chance of surviving breast cancer, the Court acknowledged that the patient had nonetheless suffered psychologically. She had been deprived of the opportunity of pursuing earlier treatment which could have led to some improvement and would probably have provided for a better quality of life. Speaking for the majority, Gonthier J. insisted that proof of causation had to be established on a balance of probabilities taking into account “[...] all the evidence which is before it, factual, statistical and that which the judge is entitled to presume”.⁵⁸ Moreover, he issued the following *dictum* strongly reminiscent of *McGhee*, but citing the Supreme Court case of *Morin v. Blais*⁵⁹ as authority :

In some cases, where a fault presents clear danger for the health and security of the patient and where such a danger materializes, it may be reasonable for a judge to presume the causal link between the fault and such damage, ‘unless there is a demonstration or strong indication to the contrary’ [...]. If after all has been considered, the judge is not satisfied that the fault has, on his or her assessment of the balance of probabilities, caused any actual damage to the patient, recovery should be denied. To do otherwise would be to subject doctors to an exceptional regime of civil responsibility.⁶⁰

56. *Ibid.* at 466.

57. *Supra* note 13.

58. *Ibid.* at 609.

59. *Supra* note 21 at 580, Beetz J.

60. *Lawson*, *supra* note 13 at 608. Cited with approval in *Stéfanik*, *supra* note 26 at 1350. Gonthier J. also states, at 606, that “[i]t is perhaps worthwhile to repeat that a judge will be influenced by expert scientific opinions which are expressed in terms of statistical probabilities or test samplings, but he or she is not bound by such evidence. Scientific findings are not identical to legal findings.” See generally on the question of causation and scientific evidence, D. Jutras, “Expertise scientifique et causalité”, (1992) Congrès annuel du Barreau du Québec 897.

In *Morin*, a road-accident case, the issue involved determining whether the absence of a left rear light on the back of a tractor was the cause of a fatal collision. On behalf of the majority, which apportioned fault equally between both drivers, Beetz J. wrote :

The mere breach of a regulation does not give rise to the offender's civil liability if it does not cause injury to anyone. However, many traffic provisions lay down elementary standards of care and make them binding regulations at the same time. Breach of such regulations constitutes civil fault. In cases where such fault is immediately followed by an accident which the standard was expressly designed to prevent, it is reasonable to presume that there is a causal link between the fault and the accident, unless there is a demonstration or strong indication to the contrary.⁶¹

Interestingly enough, Beetz J. referred to the Quebec Court of Appeal case of *Charest v. Ouellet*⁶² which dealt with a similar factual situation but which otherwise made no allusion to any inference of causation. Did the majority in *Morin* intend to judicially create a normative presumption, or was causation inferred from the circumstances of the accident? In his comment on this case, P.-G. Jobin concluded that the Court had merely applied the rules governing presumptions of fact in conformity with article 1242 C.C.L.C., which, as is also the case according to the *Civil Code of Quebec*, remains essentially discretionary in nature⁶³. This opinion appears to have been followed by J.-P. Ménard⁶⁴, as well as by J.-L. Baudouin and P. Deslauriers in the 5th edition of

61. *Supra* note 21 at 579-580. See also *Boucher v. Rousseau*, [1984] C.A. 85 at 96; *Blanchet v. Claveau*, [1990] R.R.A. 274 at 278 (Qc. Sup. Ct.).

62. [1971] C.A. 616, (Qc.) leave to appeal to S.C.C. refused [1973] S.C.R. vi.

63. P.-G. Jobin, "La violation d'une loi ou d'un règlement entraîne-t-elle la responsabilité civile?", (1984) 44 R. du B. 222 at 229-230.

64. "La causalité dans les causes de responsabilité médicale depuis les affaires *Lawson et Farrell*", in Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la santé*(1991) (Cowansville, Qc. : Yvon Blais, 1991) 1 at 28.

their book, *La responsabilité civile*⁶⁵. Originally, article 1242 C.C.L.C. read as follows,

Presumptions not established by law are left to the discretion
and judgment of the court.

In the more recent *Civil Code of Quebec* at article 2849, the drafters retained the text of the *Civil Code of Lower Canada* while adding to it the phrase “[...] which shall take only serious, precise and concordant presumption into consideration”. Just how valid are these opinions when one considers that Beetz J. makes this affirmation in *Morin*⁶⁶ without any indication that he intended to infer causation by presumption of fact?

One is thus confronted by the inevitable question - are the principles concerning proof of causation in *Morin* and its offspring *Lawson*, unacknowledged throw-backs to *McGhee* whose own lineage has been cast into doubt by the House of Lords, or are they indeed merely teleological⁶⁷ applications of civilian presumptions of fact? In order to provide a credible answer, one must first review the conditions which must be fulfilled in order to invoke proof of causation by presumption of fact before attempting to compare presumptions of fact to principles of presumed causation of jurisprudential origin.

65. (Cowansville, Qc. : Yvon Blais, 1998) at 360-361, para. 548 : “La règle générale qui se dégage de l’ensemble de ces situations est donc la suivante : les tribunaux n’exigent pas que le demandeur établisse le lien causal au-dessus de tout doute et d’une manière certaine. Il suffit simplement que la preuve rapportée rende simplement probable l’existence d’un lien direct. La preuve par présomption de fait est donc ouverte et, devant l’impossibilité d’une preuve directe, on admet le réclamant à procéder par élimination.”

66. *Supra* note 21.

67. See J.E.C. Brierley, “Bijuralism in Canada” in Canadian Comparative Law Association and Association québécoise de droit comparé, *Contemporary Law/ Droit contemporain, Canadian Reports to the 1990 International Congress of Comparative Law*, (Cowansville, Qc. : Yvon Blais, 1992) 22 at 37.

3 - Presumptions of fact and causation : the hazards inherent in the indiscriminate reception of a principle from another legal system

As pointed out, although the *Civil Code of Lower Canada*, unlike the *Civil Code of Quebec*, did not formally enunciate this requirement as to the quality of presumptions of fact, it had been generally admitted under the previous *Code* that the presumptions must be serious, precise and concordant. The Quebec Court of Appeal, in a case unrelated to medical liability, quoted with approval the French writer Larombière's analysis of these notions of "serious, precise and concordant" :

Les présomptions sont graves, lorsque les rapports du fait connu au fait inconnu sont tels que l'existence de l'un établit, par une induction puissante, l'existence de l'autre [...].

Les présomptions sont précises, lorsque les inductions qui résultent du fait connu tendent à établir directement et particulièrement le fait inconnu et contesté. S'il était également possible d'en tirer les conséquences différentes et mêmes contraires, d'en inférer l'existence de faits divers et contradictoires, les présomptions n'auraient aucun caractère de précision et ne ferait naître que le doute et l'incertitude.

Elles sont enfin concordantes, lorsque, ayant toutes une origine commune ou différente, elles tendent, par leur ensemble et leur accord, à établir le fait qu'il s'agit de prouver. [...] Si [...] elles se contredisent [...] et se neutralisent, elles ne sont plus concordantes, et le doute seul peut entrer dans l'esprit du magistrat.⁶⁸

With regard to the specific question of causation, in order to conform to the codal requirements that the presumption be serious, precise and concordant

68. *Longpré v. Thériault*, [1979] C.A. 258 at 262 (Qc.), quoting L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t.7, rev. ed. (Paris, A. Durand et Pedone Laurier, 1885) at 216 para. 7. See also *Farmer v. Canadian Home Assurance Co.* (1987), 5 R.D.J. 31 at 35 (Qc. C.A.) and several other cases in which the Court of Appeal approved this particular passage as applicable to Quebec law, as cited by P. Nicol, "Faute médicale : preuve par présomption de fait et exonération" (1996-97) 27 R.D.U.S. 139 at 155, n. 37.

once the fault of an identified defendant has been determined, this would imply that by a preponderance of the evidence, it is established that plaintiff suffered harm and, in the absence of direct proof, in all probability, defendant's fault indeed caused the harm suffered.

It should be noted that as in the case of other forms of proof⁶⁹ with the exception of presumptions of law, presumptions of fact cannot serve to create presumptions of fault or of causation. Only a text of law can create a legal presumption⁷⁰. Unlike legal presumptions, which exempt a party from having to provide complete proof, presumptions of fact serve as a means of proving certain factual elements⁷¹. Moreover, presumptions of fact are a form of inductive reasoning⁷² signifying that one proceeds from individual facts to arrive at general conclusions, or in other words, that one infers an outcome from the observation of particular circumstances. If one were to proceed on the basis of a general postulate set out in advance in order to infer a certain result in a given fact-situation, this would constitute a form of deductive reasoning and thus antithetical to civilian presumptions of fact.

Obviously, when the courts set out a rule of general application under which an inference of causation may be drawn, (as in the cases of *Morin* and *Lawson*), one is no longer in the realm of inductive reasoning but rather in the presence of a general legal presumption of praetorian origin which would appear, at first blush, to usurp the role of the legislator and to run counter to article 2811 C.C.Q. As L. Baudouin has written,

69. Art. 2811 C.C.Q.

70. L. Baudouin, *Le droit civil de la Province de Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1953 at 1268. A. Nadeau, L. Ducharme, *Traité de droit civil du Québec*, t.9 (Montreal : Wilson & Lafleur, 1965) at 437-438 para. 542; A. Bernardot, R. P. Kouri, *La responsabilité civile médicale*, Sherbrooke, Éditions RDUS, 1980 at 49.

71. According to R. Decottignies in *Les présomptions en droit privé* (Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950) at 287 para. 114, "[l]a présomption du fait de l'homme a des effets beaucoup moins énergiques [que la présomption légale]; elle n'est pas une dispense de preuve et n'opère pas de renversement de la charge de preuve."

72. Nicol, *supra* note 68 at 153.

Légales, les présomptions ne sont admises que s'il y a un texte spécial. On ne peut en conséquence en établir ou créer par voie d'interprétation, par identité de motifs ou de situation.⁷³

One can only surmise the causes of this phenomenon. The most obvious would appear to be a desire to level the playing-field in situations where the relative strengths of the parties to a medical malpractice suit are, over and above the basic rule governing the burden of proof, heavily weighted in favour of the defendant. Costs aside, the difficulty of establishing fault and causation in a field where scientific complexity, if not obfuscation, often obscures the truth, provides a powerful incentive for the courts to propose equitable solutions⁷⁴. This very likely occurs without consciously adverting to the more fundamental implications of the judicial creation of certain rules of proof.

Another cause derives from the failure of the courts to recognize that what they perceive as the mere act of interpreting codal provisions is in fact judicial rule-making. Professor Jean-Louis Baudouin, (as he then was), readily acknowledged the reality of this phenomenon :

Although similar in legal theory, the role played by legislation in legal practice is different to a certain extent in Louisiana and Quebec from that of countries like France. That difference lies mostly in the attitude of the courts towards legislation as a source of law. One may feel that in Quebec [...], the degree of respect for legislation, and for basic principles implied by it, is less than it is in France. Moreover, the 'interpretation' of legislation will in certain circumstances be so broad as to allow under this disguise the introduction into the civil law of solutions devised by the imagination of the judiciary itself.⁷⁵

One must also take into account a certain leniency on the part of the courts in observing the differences between the common law and the civil law

73. *Supra* note 70 at 1268.

74. Ménard, *supra* note 64 at 32.

75. J.-L. Baudouin, "The Impact of the Common Law on the Civilian Systems of Louisiana and Quebec", in J. Dainow, *The Role of Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law and in Mixed Jurisdictions*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1974, 1 at 10.

approaches. Each legal system constitutes a complex entity with its own substantive rules, legal theories and principles of interpretation⁷⁶. When one borrows a principle from another legal system, it is imperative to not lose sight of the fact that the host system may unconsciously be importing notions derived from a sociologically, economically and juridically discrete reality⁷⁷. Each legal system possesses its own genius, the parameters of which may become obscured in a mixed jurisdiction such as Quebec. Prof. C. Lemieux underlines the perils of having a magistracy fulfilling its functions in a mixed jurisdiction, which would include the possibility of viewing the civil law as highly permeable, as well as exaggerating the relative importance to be attributed to jurisprudence as a source of law⁷⁸. She emphasizes the fundamental differences between the common law and the civil law in the following terms :

La *common law* repose sur la jurisprudence et obéit à un raisonnement inductif, allant ainsi du particulier au général, c'est-à-dire partant d'un cas particulier pour en tirer une règle applicable (sous forme de jugement). Le droit civil quant à lui repose sur la loi et obéit à un raisonnement déductif, allant ainsi du général au particulier, c'est-à-dire partant d'une règle générale (la loi) pour l'appliquer à un cas particulier. Le statut de la jurisprudence, qui est la première source du droit en *common law*, est donc hiérarchiquement inférieur en droit civil, où la jurisprudence ne sert officiellement qu'à interpréter le droit et non pas à le créer, ce qui est d'abord le rôle de la loi.⁷⁹

76. J.-L Baudouin, "L'interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada" (1975) 53 Can. B.R. 715 at 717.

77. *Ibid.* at 717.

78. C. Lemieux, "Jurisprudence et sécurité juridique : une perspective civiliste", (1998-99) 29 R.D.U.S. 223 at 226. According to J.E.C. Brierley, R.A. Macdonald in M. Boodman, J.E.C. Brierley, R.A. Macdonald, *Quebec Civil Law; an Introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Edmond Montgomery Publications, 1993 at 122, "Such institutional considerations, along with a judicial methodology and organization of courts derived from the Common law, have been present in Quebec Civil law for more than 200 years. For this reason, the decisions of courts have a vocation in Quebec that far exceeds the role they are traditionally ascribed."

79. Lemieux *ibid.* at 235.

As a result, the courts may indeed infer causation in certain situations through the rigorous application of presumptions of fact in conformity with the codal requirements that they be serious, precise and concordant⁸⁰. But by the same token, they must resist the temptation of adopting convenient *a priori* rules which circumvent the rather demanding requirements imposed by the *Civil Code*. Rather, the courts must determine whether the circumstances of a particular case clearly conduce to an inference of causation. Otherwise, in case of ambiguity, the burden of proof should be deemed not to have been met⁸¹.

Conclusion

Unless certain actions on the part of defendants are undertaken with the intention of destroying evidence, a failure to maintain accurate records or to perform certain tests cannot automatically lead to a reversal of the burden of proof of causation. Otherwise, such a reversal would almost always result in a determination of liability for wrongful conduct otherwise unrelated to the harm suffered. If a defendant *did* act with a view to covering his or her errors or omissions, an unfavourable inference could be drawn by the courts because one would be profiting from egregious conduct destined to subvert the discovery of the truth. Although generally utilized in other contexts, the maxim *malitiis non est indulgendum* would seem germane.

While in *Léveillé*⁸², causation was avowedly proven by presumption of fact, the obscure origin of the presumptions of causation posited in *Morin*⁸³ and subsequently in *Lawson*⁸⁴ raises the suspicion that they are of common law

80. Art. 2849 C.C.Q.

81. *Lachambre v. Perreault*, [1990] R.R.A. 397 (Qc. C.A.) at 399; *Kirschenbaum-Green v. Surchin*, [1993] R.R.A. 821, 20 C.C.L.T. (2d) 207 (Qc. Sup. Ct.), [1997] R.J.Q. 39, 44 C.C.L.T. (2d) 68 (Qc. C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused 223 N.R. 396 (S.C.C.); *Bernier v. Décarie*, [1997] R.R.A. 729 (Qc. Sup. Ct.) at 737; *Bureau v. Dupuis*, [1997] R.R.A. 459 (Qc. Sup. Ct.) at 469, *Claveau v. Guimond*, [1998] R.R.A. 616 (summary), J.E. 98-1143 (Qc. Sup. Ct.).

82. *Supra* note 55.

83. *Supra* note 21.

84. *Supra* note 13.

inspiration⁸⁵, more particularly through the influence of *McGhee*⁸⁶, and introduced into the Civil law by way of the Supreme Court. Paradoxically, these presumptions have taken on a life of their own in Quebec law even though *Wilsher*⁸⁷ and *Snell*⁸⁸ have subsequently refused to follow *McGhee*.

Obviously, the criticisms expressed in this commentary are not intended to intensify the already onerous burden of proof assumed by plaintiffs in medical malpractice cases but rather to query the validity of any well-intentioned attempts by the courts to alleviate this burden through the application of certain judge-made presumptions of ambiguous origin. The choices are obvious; either the legislator must create a legal presumption relating to causation along the lines of the *dicta* in *Morin*⁸⁹ and *Lawson*⁹⁰, or Quebec courts, through a rigorous application of the rules relating to presumptions of fact, will have to infer causation from the circumstances of each case without reference to a general presumption which may have been concocted in the style of a common law binding precedent.

85. D. Howes, "From Polyjurality to Monojurality : The Transformation of Quebec Law, 1875-1929", (1986-87) 32 McGill L.J. 523 at 557-558. Compare S. Normand, "Un thème dominant de la pensée traditionnelle au Québec : La sauvegarde de l'intégrité du droit civil" (1986-87) 32 McGill L.J. 559 at 573.

86. *Supra* note 43.

87. *Supra* note 49.

88. *Supra* note 2.

89. *Supra* note 21.

90. *Supra* note 13.